

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP

Patrícia De Battisti Almeida

**O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA E OS MEIOS PROCESSUAIS
PARA SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL E NA ESPANHA**

São Paulo

2023

PATRÍCIA DE BATTISTI ALMEIDA

**O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA E OS MEIOS PROCESSUAIS PARA
SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL E NA ESPANHA**

Tese em cotutela apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito à Fadisp/Unialfa e à Universidade de Salamanca, na área de concentração Função Social do Direito.

Orientador Brasil:

Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá

Orientador Espanha:

Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

São Paulo

2023

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

A447d Almeida, Patrícia de Battisti.

O direito de liberdade religiosa e os meios processuais para sua efetivação no Brasil e na Espanha / Patrícia de Battisti Almeida – 2023.
454 fls; 30cm.

Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Universidade de Salamanca, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Função Social do Direito – São Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá, Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

Inclui bibliografia

1.Liberdade religiosa. 2.Direitos fundamentais. 3.Garantias constitucionais. 4.Ações constitucionais. 5.Remédios constitucionais. 6.Recursos constitucionais. 7.Recurso de amparo constitucional. 8.Tribunal Constitucional Espanhol. I.Almeida, Patrícia de Battisti. II. Faculdade Autônoma de Direito. III.Título.

CDU 34

Patrícia De Battisti Almeida

**O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA E OS MEIOS PROCESSUAIS PARA
SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL E NA ESPANHA**

Tese em cotutela apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito à Fadisp/Unialfa e à Universidade de Salamanca, na área de concentração Função Social do Direito.

Orientador Brasil: Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá

Orientador Espanha: Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

São Paulo, ____ de _____ de 2023.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá

Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

Prof. Dr. Horácio Monteschio

Prof. Dr. Reifarth Muñoz

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu Senhor Jesus Cristo por estar viva e por ele ter me dado saúde para concluir este trabalho.

Quero expressar a minha gratidão ao meu Orientador do Brasil Professor Dr. Francisco Pedro Jucá pelo apoio e paciência que teve comigo durante todo esse tempo.

Agradeço ao meu Orientador da Espanha Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell que respondeu prontamente às minhas indagações e sempre foi muito solícito.

Minha gratidão ao programa de co-tutela entre a Fadisp-Unialfa e a Universidade de Salamanca, especificamente aos seus coordenadores Prof. Dr. Thiago Matsushita, Prof. Dr. Lauro Ishikawa e ao Prof. Dr. Fernando Carbajo Cascón, por terem me dado a oportunidade de estudar e pesquisar a respeito do sistema jurídico espanhol. Ampliei muito meu conhecimento jurídico e os conhecimentos que adquiri me acompanharão por toda a minha vida acadêmica.

Dedico este trabalho à minha família, que me apoiou em todos os momentos.

RESUMO

ALMEIDA, P. B. **O Direito de Liberdade Religiosa e os meios processuais para sua efetivação no Brasil e na Espanha.** Tese (Doutorado) – Co-tutela Fadisp-Unialfa e Universidade de Salamanca, São Paulo, São Paulo, 2022.

O direito de liberdade religiosa consagrado no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 e no artigo 16 da Constituição da Espanha de 1978, elemento formador da dignidade da pessoa humana, é um dos direitos fundamentais que constituem a base do Estado Democrático de Direito (Brasil) ou do Estado Social e Democrático de Direito (Espanha). No entanto, somente é possível dizer que tal direito realmente existe em determinado país se existirem meios processuais que asseguram sua efetivação. Nesta tese objetiva-se averiguar quais são os meios processuais constitucionais disponíveis no Brasil e na Espanha para efetivação do direito de liberdade religiosa. Utilizado o método da pesquisa bibliográfica e a partir da análise jurisprudencial, procurou-se abordar o tema sob as seguintes perspectivas: apresentação dos instrumentos constitucionais para garantia do direito de liberdade religiosa presentes no ordenamento jurídico brasileiro e no espanhol; análise dos julgados mais relevantes dos Tribunais Superiores Brasileiro e Espanhol, bem como da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre o direito de liberdade religiosa; discutir a partir da análise da bibliografia e das julgados selecionados o grau de proteção que o sistema jurídico brasileiro e o sistema jurídico espanhol proporcionam ao direito de liberdade religiosa; apresentar sugestões de melhorias legislativas para ampliar a proteção ao direito de liberdade religiosa em ambos países. Conclui-se que os tipos de mecanismos processuais constitucionais colocados à disposição dos indivíduos para tutela do direito liberdade religiosa influenciam na concretização desse direito na esfera judicial. De tal forma que o Estado é responsável pela efetividade do direito de liberdade religiosa, ao optar por determinados meios processuais, mais ou menos garantidores desses direitos. Assim, torna-se fundamental o estudo de diferentes ordenamentos jurídicos para promover, quando possível, o diálogo e intercâmbio normativo.

Palavras-chave: liberdade religiosa; direitos fundamentais; garantias constitucionais; ações constitucionais; remédios constitucionais; recursos constitucionais; recurso de amparo constitucional; Tribunal Constitucional Espanhol.

ABSTRACT

ALMEIDA, P. B. **Freedom of religion and the judicial procedures available for its protection in both Brazil and Spain.** Tese (Doutorado) – Co-tutela FadisP-Unialfa e Universidade de Salamanca, São Paulo, São Paulo, 2022.

Freedom of religion, a right inscribed in the article 5 of the Brazilian Federal Constitution and in the article 16 of the Spanish Constitution of 1978, itself a forming element of human dignity, is one of the fundamental rights that are the basis of the Democratic State based on the rule of law (Brazil) and the Social Democratic State based on the rule of law (Spain). Nevertheless, such right can only be said to actually exist in any given country if effective judicial procedures are available. This thesis aims to check what are the constitutional lawsuits available in Brazil and in Spain for the defense of religious liberty. By means of bibliographical research and analysis of judicial precedent, the author examines the subject matter through the presentation of the following items: constitutional guarantees and procedures related to freedom of religion in Brazil and in Spain; analysis of the most relevant precedents on religious liberty of the Brazilian and Spanish superior courts, and the precedents of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights; discussion about the degree of protection afforded by Brazilian and Spanish law to freedom of religion; the suggestion of steps that can be taken by both the Brazilian and Spanish governments to increase the protection afforded to freedom of religion. In conclusion, the different kinds of lawsuits that can be proposed to defend religious liberty influence the degree of protection the courts are able to give to such right. The responsibility for the effectiveness of religious liberty lies with the State, inasmuch as the State offers more or less effective judicial remedies to uphold the right to freedom of religion. All in all, the importance of studying different judicial systems cannot be overstated as it can help promoting the dialogue and the exchange of ideas on the subject of law.

Keywords: freedom of religion; fundamental rights; constitutional guarantees; constitutional lawsuits; constitutional remedies; constitutional appeals; appeal on the grounds of unconstitutionality; Constitutional Court of Spain.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ATC	Auto do Tribunal Constitucional (Espanha)
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE/1978	Constituição Espanhola de 1978
CEDH	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Públicas
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CELRM	Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias
CF/88	Constituição Brasileira de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CONAMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil (Brasil)
CPP	Código de Processo Penal
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LEC	Lei de Processo Civil (Espanha – <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>)
LECrim	Lei de Processo Penal (Espanha – <i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>)
LJCA	Lei do Contencioso Administrativo (Espanha – <i>Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa</i>)
LO	Lei Orgânica (Espanha – <i>Ley Orgánica</i>)

LOHC	Lei Orgânica Reguladora do <i>Habeas Corpus</i> (Espanha – <i>Ley orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus</i>)
LOTIC	Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Espanha)
LPL	Lei de Processo Laboral (Espanha – <i>Ley reguladora de la jurisdicción social</i>)
MI	Mandado de Injunção
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PADISC	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
ROC	Recurso Ordinário Constitucional
STC	Sentencia (sentença) do Tribunal Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
TC	Tribunal Constitucional (Espanha)
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	11
1.2	A IMPORTÂNCIA DO TEMA E OBJETIVO DA PESQUISA	12
1.3	MÉTODO E INSTRUMENTOS UTILIZADOS	14
1.4	PLANO DE INVESTIGAÇÃO	15
2	O DIREITO À LIBERDADE	19
2.1	DA LIBERDADE	19
2.2	LIBERDADE NA “POLÍTICA” DE ARISTÓTELES	24
2.3	A LIBERDADE EM SANTO AGOSTINHO	26
2.4	LIBERDADE E TOLERÂNCIA EM VOLTAIRE	30
2.5	LIBERDADE EM IMMANUEL KANT	34
2.6	LIBERDADE EM HEGEL	35
2.7	LIBERDADE EM JOHN STUART MILL	37
3	A LIBERDADE RELIGIOSA	39
3.1	ABORDAGEM HISTÓRICA DAS RELIGIÕES NO MUNDO OCIDENTAL	39
3.2	AS PRINCIPAIS RELIGIÕES PRESENTES NO BRASIL E SUAS CARACTERÍSTICAS	52
3.3	AS PRINCIPAIS RELIGIÕES PRESENTES NA ESPANHA E SUAS CARACTERÍSTICAS	70
3.4	A LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM DIREITO	76
3.5	TRATAMENTO JURÍDICO DAS RELIGIÕES NO BRASIL	90
3.6	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	106
3.7	O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	116
3.8	TRATAMENTO JURÍDICO DAS RELIGIÕES NA ESPANHA	126
3.9	A CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA DE 1978 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	136
3.10	O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978	159
4	OS MECANISMOS PROCESSUAIS DE DEFESA DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL	171
4.1	INTRODUÇÃO	171

4.2	AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	172
4.2.1	AÇÃO POPULAR	184
4.2.2	AÇÃO CIVIL PÚBLICA	192
4.2.3	MANDADO DE SEGURANÇA	204
4.2.4	MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	217
4.2.5	MANDADO DE INJUNÇÃO	221
4.2.6	MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO	228
4.2.7	<i>HABEAS DATA</i>	231
4.2.8	<i>HABEAS CORPUS</i>	235
4.2.9	<i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO	247
4.3	A TUTELA COLETIVA DAS LIBERDADES	248
4.3.1	INTRODUÇÃO	248
4.3.2	BREVES APONTAMENTOS SOBRE EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO	249
4.3.3	BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL	255
4.3.4	O PROCESSO COLETIVO	259
4.3.4.1	A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO	277
5	OS MECANISMOS PROCESSUAIS DE DEFESA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA ESPANHA	283
5.1	INTRODUÇÃO	283
5.2	TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	284
5.3	TUTELA PROCESSUAL CIVIL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	287
5.3.1	ASPECTOS GERAIS	287
5.3.2	A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	289
5.3.3	AMPARO CIVIL ORDINÁRIO	297
5.3.4	O PROCESSO CIVIL DE PROTEÇÃO ESPECIAL DO DIREITO À HONRA, PRIVACIDADE E IMAGEM PRÓPRIA	299
5.3.5	O PROCESSO CIVIL ESPECIAL E SUMÁRIO DE AMPARO DO DIREITO DE RETIFICAÇÃO	304
5.4	PROTEÇÃO PROCESSUAL PENAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – PROCEDIMENTO ESPECIAL DE <i>HABEAS CORPUS</i>	307
5.5	AMPARO ORDINÁRIO ADMINISTRATIVO	312
5.6	AMPARO ADMINISTRATIVO ESPECIAL PARA TUTELA DO DIREITO DE REUNIÃO	317

5.7	AMPARO TRABALHISTA	320
5.8	RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL	329
6	DEFESA EM JUÍZO DA LIBERDADE RELIGIOSA	343
6.1	INTRODUÇÃO	343
6.2	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	344
6.3	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL	351
7	SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	360
7.1	INTRODUÇÃO	360
7.2	A LIBERDADE RELIGIOSA E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS	360
	CONCLUSÕES	379
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	387
	REFERÊNCIAS DOS ATOS NORMATIVOS	411
	REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	431

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Primeiramente, pretende-se dar uma visão a mais ampla possível sobre o tema desta tese, qual seja, o direito de liberdade religiosa e os meios processuais para a sua efetivação no Brasil e na Espanha. O tema tem elevado nível de complexidade devido às diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o direito de liberdade religiosa. A intenção principal desta tese não é discutir o direito de liberdade religiosa propriamente dito, mas oferecer uma contribuição ao estudo dos meios processuais utilizados em ambos os países para assegurar a efetivação do direito de liberdade religiosa e, na medida do possível, apresentar alternativas para ampliar a concretização de tal direito.

A ideia para a elaboração deste trabalho partiu da inquietação acadêmica que se fez presente na autora ao constatar a existência de poucos julgados sobre o direito de liberdade religiosa na jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil. Algumas indagações surgiram dessa constatação, tais como: os meios processuais e as garantias constitucionais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para tutela do direito de liberdade religiosa asseguram a efetivação desse direito? Como se dá essa proteção em outros países como, por exemplo, na Espanha?

A escolha da Espanha deve-se ao sistema de proteção aos direitos fundamentais e liberdades públicas presente no ordenamento jurídico espanhol. Principalmente, a existência do Tribunal Constitucional Espanhol, desvinculado do Poder Judiciário, que tutela via recurso de amparo constitucional os direitos e liberdades assegurados pela Constituição da Espanha de 1978¹.

Outro motivo da opção pela Espanha foi o grande número de julgados sobre o direito de liberdade religiosa nos Tribunais Superiores Espanhóis, notadamente no Tribunal Constitucional Espanhol. A partir dessa constatação,

¹ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

entender o funcionamento de tutela dos direitos fundamentais na Espanha passou a ser um parâmetro interessante para entender a situação brasileira.

Por fim, a opção pela Espanha também se deu pelo fato do país ser signatário da Convenção Europeia de Direitos do Homem² e seus protocolos adicionais e se sujeitar às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ou seja, faz parte do sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos. Interessante fazer um contraponto com o Brasil, que é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos³ e se sujeita às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, faz parte do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Os ordenamentos jurídicos dos países em estudo possuem origem no direito romano e no direito germânico e por isso contêm estrutura jurídica similar, o que facilita a comparação de normas do Brasil e da Espanha.

A originalidade desta tese reside na forma de seleção de dados, nas perspectivas selecionadas para análise do tema e pela capacidade de síntese da autora. E, principalmente, por apresentar e analisar as previsões do direito de liberdade religiosa nos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Espanha e como se dá a efetivação desse direito nesses países.

1.2 A IMPORTÂNCIA DO TEMA E OBJETIVO DA PESQUISA

A exposição das garantias de proteção ao direito fundamental de liberdade religiosa é essencial, pois só se pode dizer que um direito existe de fato se existirem também os meios para que esse direito seja efetivado.

Abordar e abrir o debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais é importante para a existência de qualquer país como um Estado Democrático de

² UNIÃO EUROPEIA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

Direito. Em muitos Estados os direitos fundamentais em seu aspecto material estão assegurados em suas Constituições mas os meios processuais previstos para efetivação desses direitos são escassos. Em alguns casos, apesar da previsão Constitucional de meios processuais para efetivação do direito de liberdade religiosa, esses instrumentos processuais são pouco utilizados pela população – seja pela falta de conhecimento jurídico ou pela falta de recursos financeiros para levar um processo até a mais alta Corte do país.

No levantamento bibliográfico realizado para a elaboração deste trabalho foi possível averiguar que existem diversos textos acadêmicos que abordam o direito material de liberdade religiosa. No entanto, foram encontrados poucos textos que tratam dos meios processuais, constitucionalmente previstos, para efetivação desse direito.

Esta tese contribui para ampliar as investigações e os debates sobre o tema e permite gerar novos conhecimentos e aportes para a comunidade jurídica. Com o intuito de difundir o conhecimento sobre o relevante tema desta tese a linguagem utilizada para elaboração do texto foi a mais simples, clara e direta possível.

Analisar a efetivação de tais direitos é primordial, pois os direitos fundamentais são compostos por um conjunto de normas que se referem às necessidades inerentes à condição de ser humano digno. Na ausência de tais direitos a existência dos indivíduos fica comprometida, bem como seu desenvolvimento e capacidade de participar plenamente da vida em sociedade.⁴

O direito fundamental de liberdade de religião pode ser visto como um aspecto transcendente da liberdade ideológica, que se destaca pelo seu exercício coletivo e atinge sua máxima expressão externa na garantia de liberdade de culto. A liberdade religiosa, como um direito fundamental, é exigível de plano, por se tratar de uma norma constitucional de eficácia plena tanto na Constituição Brasileira de 1988⁵ quanto na Constituição da Espanha de 1978.

Os direitos fundamentais são considerados prioritários, uma vez que protegem os bens da vida mais relevantes para a efetivação da dignidade humana em

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, pp.12-13.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

um Estado Social e Democrático de Direito, como é o caso da Espanha, e em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

Ressalte-se que foge do escopo desta tese fazer um completo estudo comparativo das normas jurídicas brasileiras e espanholas para a efetivação do direito de liberdade religiosa – essa análise comparativa pode ser feita em estudos posteriores.

O objetivo geral de pesquisa é verificar, a partir de uma ampla revisão bibliográfica e da análise jurisprudencial, quais são os meios processuais constitucionais disponíveis no Brasil e na Espanha para efetivação do direito de liberdade religiosa. Os objetivos específicos são: i) investigar nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol os instrumentos constitucionais para garantia do direito de liberdade religiosa e apresentá-los de forma simples, clara e concisa; ii) identificar e apresentar de forma sistematizada os julgados mais relevantes sobre o direito de liberdade religiosa no Brasil e na Espanha; iii) levantar e apresentar os julgamentos mais relevantes da Corte Americana de Direitos Humanos e da Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre o direito de liberdade religiosa no Brasil e na Espanha, respectivamente; iv) discutir, a partir da análise da bibliografia e das julgados selecionados, o grau de proteção que o sistema jurídico brasileiro e o sistema jurídico espanhol proporcionam ao direito de liberdade religiosa; v) apresentar sugestões de melhorias legislativas para ampliar a proteção ao direito de liberdade religiosa em ambos os países.

1.3 MÉTODO E INSTRUMENTOS UTILIZADOS

O método utilizado para o desenvolvimento desta tese foi o da pesquisa bibliográfica, pois o objetivo é explicar um problema a partir de referenciais teóricos relacionados aos meios processuais para efetivação do direito de liberdade religiosa.

Primeiramente, buscou-se construir uma visão geral e atual sobre a temática e como o tema se relaciona com outras áreas do conhecimento. Assim, foi realizada uma investigação para seleção dos textos, fontes bibliográficas e documentais, que tratam do tema e que apresentam argumentos para atender ao objetivo geral e aos objetivos específicos da pesquisa.

Depois, passou-se à leitura e seleção dos julgados do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Corte Constitucional da Espanha sobre a temática. O foco foi averiguar se tais tribunais apresentam uma jurisprudência uniforme sobre o tema ou se há mudança de entendimento jurisprudencial ao longo do tempo. Por isso, foram selecionados para a análise os julgados que poderiam representar um novo entendimento do tribunal superior sobre o assunto ou a consolidação de posições anteriormente adotadas.

Posteriormente, foi realizado o estudo dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre o direito de liberdade religiosa. Da leitura dos julgados foi possível observar a posição consolidada que ambas as Cortes possuem sobre o direito fundamental à liberdade religiosa. Observou-se ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não julgou nenhum caso contra o Brasil sobre o direito de liberdade religiosa e a Corte Europeia dos Direitos Humanos julgou um caso contra a Espanha sobre esse tema.

Ademais, nesta tese foi realizada uma análise sob uma perspectiva essencialmente formalista. Assim, as ferramentas empregadas para o desenvolvimento do tema são basicamente as fontes formais, ou seja, manifestações ou exteriorizações das normas jurídicas. Para tanto, foram utilizados livros, artigos, textos legais, nacionais e estrangeiros, escritos em diferentes regiões geográficas, em diferentes épocas e em distintos momentos históricos – que abordam o direito à liberdade, o direito à liberdade religiosa e os meios processuais para efetivação do direito à liberdade religiosa.

1.4 PLANO DE INVESTIGAÇÃO

Esta tese possui como objeto de investigação o direito de liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro e espanhol e os meios processuais utilizados em ambos os países para efetivação desse direito fundamental. Nos dois países o direito de liberdade religiosa é direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Nos Estados Democráticos de Direito, o direito à liberdade possui amplo espectro de proteção constitucional, sendo considerado um dos direitos fundamentais mais caros para a configuração e manutenção do próprio Estado de Direito.

O direito à liberdade já era discutido entre os antigos, os filósofos clássicos e os modernos. O capítulo dois apresenta a liberdade dos antigos (texto de Benjamin Constant), o que entendiam por liberdade, quais seus parâmetros e limites. Passa-se a uma breve exposição da visão dos filósofos Aristóteles, Santo Agostinho, Voltaire, Kant, Hegel e Stuart Mill. O intuito foi apresentar as diferentes perspectivas sobre a liberdade e como suas concepções conceituais se alteraram ao longo do tempo.

A partir da análise da liberdade no capítulo dois avança-se em direção à liberdade religiosa. São apresentados alguns conceitos de liberdade religiosa e o conceito adotado por esta tese. Em seguida, é feita uma abordagem histórica das religiões ocidentais. Sabe-se que há na Espanha, cada vez mais, populações orientais com suas culturas e religiões como é o caso dos adeptos da religião muçulmana. Não foi realizada uma abordagem histórica das religiões no mundo ocidental e oriental por uma questão de recorte de objeto de estudo da presente tese na qual optou-se por apresentar as religiões com maior quantidade de adeptos no Brasil e na Espanha. A ideia é trazer um singelo panorama das religiões presentes no ocidente para contextualizar a apresentação das principais religiões atualmente presentes no Brasil e na Espanha.

Em seguida, passa-se ao tratamento jurídico das religiões no Brasil e na Espanha. O estudo foi realizado no âmbito constitucional porque o direito de liberdade religiosa em ambos os países é protegido constitucionalmente e as normas infraconstitucionais desses Estados estão subordinadas hierarquicamente às suas Constituições. Assim, foram apresentados os distintos tratamentos jurídicos que as Constituições do Brasil e da Espanha deram ao direito de liberdade religiosa.

A Constituição de 1978 da Espanha apresenta um tratamento diferenciado e cuidadoso dos direitos fundamentais e liberdades públicas. Essa proteção especial pode se justificar pelo momento político vivido na Espanha na época da elaboração dessa Constituição, após o fim do governo do general Franco. Também pode ser explicada pela efetiva participação de diversos setores da sociedade na elaboração do texto Constitucional. Por isso, o penúltimo tópico do capítulo 3 é especialmente dedicado à análise da proteção jurídica aos direitos fundamentais e liberdades públicas dados pela Constituição espanhola de 1978. Por fim, o último tópico do

capítulo 3 é voltado para a análise do direito de liberdade religiosa na Constituição de 1978.

Os capítulos 4 e 5 apresentam os mecanismos processuais, em âmbito constitucional, para tutela do direito de liberdade religiosa no Brasil e na Espanha.

O capítulo 4 trata dos meios processuais presentes na Constituição Federal de 1988 para a proteção do direito de liberdade religiosa no Brasil. Esta tese adotou a classificação proposta por Dinamarco⁶. Serão analisadas as garantias constitucionais na vertente de processo-Constituição, abordando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e, especialmente, a jurisdição constitucional das liberdades.

Na jurisdição constitucional das liberdades, as garantias aos direitos fundamentais são compostas por um conjunto de ações constitucionais: ação popular (art.5º, LXXIII, CF/88), mandado de segurança (art.5º, LXIX, CF/88), mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX, CF/88), mandado de injunção (art.5º, LXXI, CF/88), *habeas data* (art.5º, LXXII, CF/88) e *habeas corpus* (art.5º, LXVIII, CF/88) e a ação civil pública (art.129, III, CF/88). A tutela da efetivação do direito de liberdade religiosa pode ser promovida por qualquer uma dessas ações constitucionais.

O capítulo 5 aborda os meios processuais para a efetivação do direito de liberdade religiosa presentes na Constituição da Espanha de 1978. Optou-se por apresentar o caminho processual a ser percorrido pelo indivíduo para que sua demanda em defesa do seu direito de liberdade religiosa seja julgada, via recurso de amparo constitucional, pelo Tribunal Constitucional.

Por isso, foram apresentadas as diversas ações que são interpostas na instância ordinária para que a parte consiga ter sua demanda apreciada, via recurso de amparo constitucional, pelo Tribunal Constitucional Espanhol: amparo civil ordinário; procedimento civil de proteção especial do direito à honra, à privacidade e à imagem própria; procedimento civil especial e sumário de amparo do direito de retificação; proteção processual penal dos direitos fundamentais – procedimento especial dos Habeas Corpus; amparo ordinário administrativo; amparo administrativo especial para tutela do direito de reunião; amparo trabalhista. Finalmente, abordou-se o recurso de amparo Constitucional.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, São Paulo: Malheiros, 1994, p.25.

O capítulo seis trata da defesa em juízo da liberdade religiosa no Brasil e na Espanha. Para tanto são apresentadas as perspectivas da Suprema Corte Brasileira e do Tribunal Constitucional Espanhol por meio da análise da sua jurisprudência sobre o tema.

O sétimo capítulo se propõe a traçar um panorama da tutela do direito de liberdade religiosa pelo sistema global de proteção aos direitos fundamentais, notadamente o sistema europeu e o americano de proteção a esses direitos. Apresentar como o ordenamento jurídico brasileiro e o espanhol se vinculam, respectivamente, ao sistema americano e ao sistema europeu de proteção aos direitos fundamentais.

2 O DIREITO À LIBERDADE

2.1 DA LIBERDADE

A chave para se entender questões relacionadas a liberdade foi apresentada por Benjamin Constant em seu famoso discurso ao Athénée Royal de Paris em 1819⁷. Ao expor as diferenças entre a forma como antigos gregos e romanos entendiam liberdade e o que significa ser livre para um europeu do século XIX, o pensador oferece conceitos que permanecem úteis para a análise da realidade do século XXI.

Na visão de Benjamin Constant, em que pesem as especificidades de cada uma das cidades-estado da Grécia antiga e as características próprias de Roma em seus diferentes momentos históricos, há um denominador comum no conceito de liberdade: somente os antigos que eram livres podiam participar diretamente da vida política, do governo da cidade. Considerações sobre o que hoje entendemos como liberdade individual não faziam parte desse conceito. Pelo contrário, o cidadão grego e, em certa medida, o romano, era livre porque podia manifestar sua opinião a respeito das questões de governo, ainda que sua vida fosse fortemente regulada pelas convenções sociais. Não existia, por exemplo, a possibilidade de liberdade religiosa. O cidadão deveria seguir a religião oficial.

O contraste fica mais evidente nas palavras do próprio autor, que assim considera:

“Entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exige, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence. Entre os modernos, ao

⁷ Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.)

contrário, o indivíduo independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres só é soberano em aparência”⁸.

O autor entende que a razão para um conceito de liberdade totalmente ligado ao trato com a coisa pública se deve ao tamanho reduzido das repúblicas antigas. Ele observa que “a mais populosa, a mais poderosa, a mais importante delas não era igual em extensão ao menor dos Estados modernos”. A consequência inevitável desse fato, em seu entendimento, é a belicosidade de cada uma dessas comunidades. A república antiga que não fosse dedicada à conquista de seus vizinhos por meio da guerra deveria no mínimo manter uma constante vigilância sob pena de ela própria ser vencida e conquistada. “Todos compravam a segurança, a independência, a existência inteira ao preço da guerra. Ela era o interesse constante, a ocupação quase habitual dos Estados livres da antiguidade”.

Como observa o autor, quando prevalecia a guerra, não havia um comércio forte, “pois a guerra e o comércio nada mais são do que dois meios diferentes de atingir o mesmo fim: o de possuir o que se deseja”. A diferença é que pelo comércio se tenta obter por meio de acordos o que não se pode ou não se deseja conquistar pela violência. Um homem que fosse sempre o mais forte não teria necessidade de recorrer ao comércio, pois sempre poderia tomar pela força qualquer coisa que desejasse. De acordo com o autor, é a “a guerra, isto é, o emprego da força contra a força de outrem”, que expõe o homem “a resistências e malogros diversos – que o leva recorrer ao comércio, ou seja, a um meio mais brando e mais seguro de interessar o adversário em consentir no que convém à sua causa”. O autor observa ainda que é sabido que existiram povos comerciantes mesmo entre os antigos, “mas esses povos de certa maneira eram exceção à regra geral”. Ele considera que, no mundo moderno, já é chegado o momento em que o comércio substitui a guerra.

Em razão de tantas mudanças, não é mais possível ao homem contemporâneo desfrutar da mesma espécie de liberdade desfrutada pelos antigos, “a qual se compunha da participação ativa e constante do poder coletivo”. Para Benjamin Constant, a liberdade contemporânea “deve compor-se do exercício pacífico da independência privada”. Em suas próprias palavras:

⁸ Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.) p. 3.

Conclui-se que devemos ser bem mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos. O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.

A liberdade para tratar da coisa pública, em tempos modernos, assume a forma da democracia representativa. E a sua importância, nas palavras de Benjamin Constant, vem do fato de que a participação no processo político é necessária para a proteção às liberdades individuais. Se o homem moderno abre mão da participação no processo político, corre o risco de ver suas liberdades individuais diminuídas.

Essa concepção informa as constituições modernas, desde a Constituição dos Estados Unidos. Juntamente com garantias aos direitos individuais, estão presentes dispositivos que tratam da participação popular no processo político.

A evolução do que Benjamin Constant denomina “privilégios privados” foi lenta e de maneira alguma isenta de percalços. O gradual reconhecimento dos direitos do indivíduo resultou de lutas e negociações e afetou, a cada momento, o equilíbrio entre Estado e cidadãos. Para a compreensão do pensamento de Benjamin Constant no que se refere à concepção moderna de liberdade, porém, as referências mais diretas e imediatas são a Declaração de Independência dos treze Estados Unidos da América⁹, de 1776, a Constituição dos Estados Unidos da América¹⁰, de 1787, especialmente suas dez primeiras emendas, conhecidas como Bill of Rights¹¹, de

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaration of Independence: A Transcription**. National Archives. Disponível em <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em 10 nov. 2021.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The U.S. Constitution**. National Constitution Center. Disponível em <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/full-text>. Acesso em 10 nov. 2021.

¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Bill of Rights**. National Constitution Center. Disponível em <https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/bill-of-rights>. Acesso em 10 nov. 2021.

1798, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹², elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, em 1789.

Os signatários da Declaração de Independência, sob forte influência do Direito Natural e de uma visão de mundo cristã, proclamam que consideram verdades evidentes em si mesmas que todos os homens são criados iguais e que o Criador a eles atribui determinados Direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. A função dos governos é assegurar esses direitos e os poderes de tais governos derivam do consentimento dos governados¹³.

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos afirma que o Congresso não fará lei a respeito do estabelecimento de religiões ou proibindo seu livre exercício, nem fará lei limitando a liberdade de discurso ou de imprensa, ou do direito das pessoas se reunirem pacificamente e de peticionar o governo para a correção de injustiças¹⁴.

Nigel Warburton¹⁵ observa que, além proclamar a importância fundamental da liberdade de expressão, a Primeira Emenda reconhece a necessidade de sua proteção. O texto constitucional é uma barreira ao uso da censura para impedir, por exemplo, críticas às políticas governamentais. O mesmo pode ser dito a respeito da liberdade religiosa, pois a Primeira Emenda proíbe a criação de leis que regulem o estabelecimento de religiões ou proíbam o livre exercício da crença religiosa.

O artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, parte da ideia já exposta na Declaração de Independência dos Estados Unidos e proclama que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. A segunda parte do artigo, no entanto, dá margem à existência de distinções sociais, desde que fundamentadas em algo chamado “utilidade comum”¹⁶.

¹² FRANÇA. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Ambassade de France au Brésil. Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 10 nov. 2021.

¹³ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.-- That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed”.

¹⁴ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

¹⁵ WARBURTON, Nigel. **Free Speech: a very short introduction**. Oxford University Press. Oxford. 2009.

¹⁶ “As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”.

Independentemente de possíveis limitações ou eventuais interpretações restritivas, vale notar que a Declaração de Direitos francesa, assim como os textos norte-americanos, é firmemente enraizada no Direito Natural. Em seu preâmbulo, essa fundamentação é explícita: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional (...) resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”.

Interessante notar que, diferentemente da Declaração de Independência, o texto francês não atribui de maneira explícita a origem dos direitos ao Criador, embora reconheça que a declaração é feita “na presença e sob a égide do Ser Supremo”. A liberdade religiosa, especificamente é mencionada no artigo 10º na Declaração de Direitos, como um subgrupo da liberdade de opinião: “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.

A relevância de tais textos no mundo de hoje, duzentos anos após o discurso de Benjamin Constant, pode ser verificada pelo fato de que, embora tenha sido objeto de mais emendas ao longo do tempo, a Constituição dos Estados Unidos continua em vigor. As dez primeiras emendas à Constituição continuam sendo invocadas para a proteção de direitos fundamentais ameaçados, inclusive a liberdade religiosa.

Além disso, declarações de direitos similares às emendas à Constituição dos Estados Unidos ou à Declaração de Direitos francesa foram incorporadas às Constituições de diversos países, incluindo o Brasil.

Em 1948, a recém-criada Organização das Nações Unidas, por meio de sua Assembleia Geral, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷. Seu artigo 18º reconhece a “liberdade de pensamento, de consciência e de religião”. Inclusive “a liberdade de mudar de religião ou de convicção”.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 20 abr. 2022.

2.2 LIBERDADE NA “POLÍTICA” DE ARISTÓTELES

Em “Política”¹⁸, Aristóteles afirma inicialmente que o Estado é uma comunidade estabelecida com uma boa finalidade, pois entende que todos agem de maneira a obter o que consideram bom. O filósofo acrescenta que “se todas as comunidades almejam o bem, o Estado ou comunidade política, que é a forma mais elevada de comunidade e engloba tudo o mais, objetiva o bem nas maiores proporções e excelência possíveis”¹⁹. A partir disso, passa a analisar os elementos que compõem o Estado para tentar entender melhor as diferenças entre o todo e suas partes, e se é possível dessa análise deduzir algum princípio de funcionamento²⁰.

Ao examinar as partes em que pode ser dividido o Estado, Aristóteles acaba por tratar do tema da liberdade de forma especialmente interessante para o estudo da evolução do conceito em textos normativos e sua aplicação ao longo do tempo.

Para Aristóteles, existe uma distinção natural entre senhores e escravos. Diz o filósofo que “aquele que pode antever, pela inteligência, as coisas, é senhor e mestre por natureza; e aquele que com a força do corpo é capaz de executá-las por natureza escravo”²¹.

Após afirmar que mulheres e escravos não são a mesma coisa, que a própria natureza os distingue, Aristóteles ressalva que essa ideia não se aplica aos bárbaros, entre os quais não existe “aquela parte da comunidade destinada, por natureza, a governar e a comandar; são uma sociedade composta unicamente de escravos, tanto os homens quanto as mulheres”²².

A unidade fundamental analisada por Aristóteles é a família, por ele definida como a associação estabelecida por natureza para suprir as necessidades diárias das pessoas. Quando várias famílias se unem e esse conjunto “aspira a algo mais do que

¹⁸ ARISTÓTELES, **Política**. In: Os pensadores – Aristóteles. Ed. Nova Cultural, São Paulo. 1999. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch, Baby Abrão.

¹⁹ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 1, 1.

²⁰ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 1, 3.

²¹ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 4.

²² ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 5.

suprir as necessidades cotidianas”²³, tem-se a primeira sociedade: a aldeia. O governo da aldeia é monárquico e, para Aristóteles, não pode ser outro, uma vez que a aldeia espelha a organização da família e na família o membro mais velho age como monarca.

Quando um certo número de aldeias se reúne em uma única comunidade de determinado porte, que seja suficiente para garantir autossuficiência ou ao menos se aproximar disso²⁴, nasce a cidade, ou Estado, que tem como finalidade assegurar o viver bem. Aristóteles entende que cidade-estado “é uma forma natural de associação, assim como o eram as associações primitivas das quais ela se originou”²⁵.

Para Aristóteles, “é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político”²⁶. E acrescenta que o “Estado tem, por natureza, mais importância do que a família e o indivíduo, uma vez que o conjunto é necessariamente mais importante do que as partes”²⁷. A afirmação inequívoca de que o Estado é mais importante do que o indivíduo mostra que, nesse ponto específico da liberdade individual, a análise de Benjamin Constant é aplicável também a Aristóteles. Nisso o estagirita²⁸ não se diferenciou de seus contemporâneos. Para ele, o indivíduo é menos importante que a coletividade e é sob essa perspectiva que deve ser considerada sua ideia de liberdade. Mesmo aquele que é livre deve necessariamente estar submetido ao interesse da comunidade da qual faz parte, do Estado.

Como demonstração da ideia de que “o Estado é uma criação da natureza e tem prioridade sobre o indivíduo”²⁹, Aristóteles argumenta que “o indivíduo, quando isolado, não é autossuficiente; no entanto, ele o é como parte relacionada com o conjunto. Mas aquele que for incapaz de viver em sociedade, ou que não tiver necessidade disso por ser autossuficiente, será uma besta ou um deus, não uma parte do Estado”³⁰. Para Aristóteles, um homem assim autossuficiente seria

²³ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 6.

²⁴ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 8.

²⁵ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 8.

²⁶ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 9.

²⁷ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 10.

²⁸ Aristóteles nasceu em Estagira, na Macedônia, em 384 a.C.

²⁹ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 10.

³⁰ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 2, 10.

necessariamente muito inferior aos outros, análogo a uma fera, ou muito superior aos outros homens, equivalente a um deus. De maneira alguma um homem normal conseguiria viver de modo completamente autônomo, fora de uma comunidade.

Após expor em linhas gerais o que entende por Estado, Aristóteles retoma a análise de suas partes e se concentra na ideia de família. Dentro da família, aprofunda o exame da distinção entre senhor e escravo. Ele reconhece que existem aqueles que afirmam que a preponderância do senhor sobre o escravo contraria a natureza e a diferença entre homens livres e escravos seria somente uma convenção. Essa maneira de domínio seria errada porque seu fundamento é a força. Entretanto, após expor seus argumentos, Aristóteles considera evidente “que alguns homens são livres por natureza, enquanto outros são escravos, e que para estes últimos a escravidão é conveniente e justa”³¹.

Aristóteles analisa temas como, por exemplo, a escravidão de prisioneiros e guerra e considera, ainda que brevemente, a existência de argumentos contrários ao seu, como exemplificado acima. Ainda assim, fica claro desde o início que o filósofo enxerga as pessoas como partes componentes de um todo que seria o Estado. Não há indícios de uma preocupação com o indivíduo considerado em si mesmo. Esse tipo de ideia surgiria mais tarde, resultando na mudança de entendimento sobre o próprio conceito de liberdade, como ressaltado por Benjamin Constant.

2.3. A LIBERDADE EM SANTO AGOSTINHO

De acordo com Eduardo Tomasevicius Filho³², as conquistas de Alexandre da Macedônia, na segunda metade do século IV a.C., significaram não apenas a criação de um vasto império do norte da África ao Oriente Médio, mas a difusão do pensamento grego para além dos limites de Atenas e outras cidades gregas. Inicia-se o fenômeno conhecido com helenismo, em que a cultura dos gregos, bem como sua

³¹ ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, 5, 20.

³² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O conceito de liberdade em Santo Agostinho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jan./Dez. 2006. p. 1079-1091.

língua, se espalhou pelos territórios conquistados e, ao mesmo tempo, sofreu influência das ideias dos outros povos incorporados ao império.

Como observa Will Durant³³, as linhas de comunicação abertas pelo imperador macedônico permitiram a entrada do pensamento oriental. E os povos gregos, vindos de tantas guerras e tribulações, estavam em certa medida suscetíveis a essa influência. De acordo com o autor, “o espírito oriental de apatia e resignação encontrou um solo fértil na decadente e desesperançosa Grécia”³⁴. Ele considera a introdução do Estoicismo em Atenas por Zeno, um mercador fenício, cerca de 310 a.C. um exemplo de infiltração oriental.

Para os estoicos, segundo Durant, a indiferença filosófica seria a única atitude razoável diante de uma vida em que a luta pela existência está condenada à derrota. “Se a vitória é impossível, ele deve ser desdenhada. O segredo da paz não é igualar nossas conquistas aos nossos desejos, mas reduzir nossos desejos ao nível das nossas conquistas”³⁵.

A outra escola filosófica importante do período helenístico é o Epicurismo. Ainda de acordo com Durant, Epicuro parte da convicção de que a apatia é impossível e que o prazer é a única finalidade da vida. Aqui não se trata necessariamente do prazer sensual, como ressalva Durant. Para Epicuro, os prazeres do intelecto são superiores aos prazeres dos sentidos e o filósofo considera que devem ser evitados prazeres que excitem e perturbem a alma. A busca pelo prazer, ao contrário, deve resultar em tranquilidade, equilíbrio e repouso da mente. Para Durant, tal concepção se encontra bastante próxima da apatia de Zeno.

Na visão de Durant, tanto o Estoicismo como o Epicurismo, os quais ele define, respectivamente, como “a apática aceitação da derrota” e “o esforço para esquecer a derrota nos braços do prazer”, são teorias de como alguém pode ser feliz ainda que subjugado ou escravizado.

³³ DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 76.

³⁴ “(...) the Oriental spirit of apathy and resignation found a ready soil in decadent and despondent Greece”. DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 76.

³⁵ “If victory is quite impossible, it should be scorned. The secret of peace is not to make our achievements equal to our desires, but to lower our desires to the level of our achievements”. DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 76.

Essas filosofias foram absorvidas pelos romanos quando seu domínio se estendeu aos territórios gregos. Segundo Durant, predominou o estoicismo de Zeno, como exemplificam os escritos do imperador Marco Aurélio e do escravo Epicteto.

Mais tarde, em uma província romana no Oriente Médio, ocorreu o fato que divide nossa contagem de tempo: o nascimento de Jesus Cristo. A religião fundamentada em seus ensinamentos, o cristianismo, nas palavras de Tomasevicius Filho, trouxe “refrigério para a angústia que tomava conta daquela época”. Além disso, “fundou uma nova ética e inaugurou uma nova visão sobre Deus e sua relação com a humanidade”. Essa nova maneira de pensar naturalmente influenciou a filosofia da época.

Tomasevicius Filho destaca Clemente de Alexandria como “o primeiro pensador cristão a procurar realizar esta síntese entre o cristianismo e o helenismo”. Para Clemente de Alexandria, a Filosofia antecede à fé cristã, fornecendo a ela seus elementos iniciais e fundamentais. Na sua visão, Deus, séculos antes, deu a Lei aos judeus e a filosofia aos gregos para possibilitar que esses povos acreditassem na vinda de Cristo quando esse momento chegasse. Após o nascimento de Cristo, a Filosofia se torna uma ferramenta para que as pessoas cheguem racionalmente à fé.

Das filosofias que floresceram nos primeiros séculos da era cristã, já sob domínio romano mas ainda sob a influência helenística, é preciso mencionar o maniqueísmo. Afinal, foi para responder aos argumentos dos maniqueus que Santo Agostinho escreveu os dois primeiros livros da obra “Sobre o livre arbítrio”³⁶.

O ponto central do maniqueísmo, fundado por Manes no século III da era cristã, é o dualismo entre o bem e o mal, entre Deus e diabo³⁷. Os maniqueus enxergavam o ser humano de uma maneira determinista. Para eles não havia autonomia nas escolhas humanas, nenhuma forma de livre arbítrio, pois afirmavam que “os males cometidos pelo homem não são resultantes de suas escolhas, mas decorrentes de sua condição natural, que como ser composto por duas realidades

³⁶ COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Os “três Agostinhos” do livre arbítrio/liberdade**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, nº 17, 2018. UFPI, Teresina. f. 246-266.

³⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O conceito de liberdade em Santo Agostinho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jan./Dez. 2006. p. 1079-1091.

ontológicas distintas – corpo e alma – traz naturalmente o mal dentro de si, como algo inerente à natureza humana, melhor dizendo, ao corpo”³⁸.

O livre arbítrio é a capacidade de se decidir por si só, resulta da vontade livre. Para Santo Agostinho, a capacidade humana de determinar o próprio rumo é a medida de sua liberdade. Das várias escolhas possíveis entre opções antagônicas, a mais fundamental é a escolha entre o bem e o mal. O livre arbítrio é exercido pelo homem na escolha entre o bem e o mal, entre o caminho virtuoso, a retidão, e o pecado.

Enquanto para os maniqueus tanto o bem como o mal fazem parte da natureza humana, para Santo Agostinho, bem e mal resultam da escolha humana no exercício do livre arbítrio. O mal não seria criação divina, mas o resultado da escolha humana que se afasta de Deus.

Ao longo de sua vida, Agostinho modificou sua concepção de livre arbítrio, como observa Marcos Roberto Nunes Costa³⁹. Inicialmente o livre arbítrio seria “capaz de levar o homem a alcançar, por suas próprias forças, um estado de perfeição, tanto no querer quanto no poder”⁴⁰. Mais tarde, em seus escritos da maturidade, Santo Agostinho passa a enxergar o livre arbítrio em “uma posição de dependência parcial em relação à graça divina”⁴¹. No fim de sua vida, em suas derradeiras obras, Agostinho, preocupado com a questão da salvação da alma, coloca o livre arbítrio totalmente dependente da graça divina.

Para a compreensão da influência de Santo Agostinho na formação do pensamento a respeito da ideia de liberdade, não é necessário aprofundar o aspecto teológico de sua argumentação. O fundamental é a introdução da ideia de livre arbítrio. Como assinala Tomasevicius Filho⁴², a concepção agostiniana de livre arbítrio foi “a primeira ideia universal de liberdade, fundando-a na vontade do ser humano. Dessa

³⁸ COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Os “três Agostinhos” do livre arbítrio/liberdade**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, nº 17, 2018. UFPI, Teresina. f. 247.

³⁹ COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Os “três Agostinhos” do livre arbítrio/liberdade**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, nº 17, 2018. UFPI, Teresina. f. 246-266.

⁴⁰ COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Os “três Agostinhos” do livre arbítrio/liberdade**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, nº 17, 2018. UFPI, Teresina. f. 248.

⁴¹ COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Os “três Agostinhos” do livre arbítrio/liberdade**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, nº 17, 2018. UFPI, Teresina. f. 246-266.

⁴² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O conceito de liberdade em Santo Agostinho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jan./Dez. 2006. p. 1090.

maneira, todo e qualquer ser humano poderia ser livre em qualquer condição, e não apenas um determinado grupo social”.

2.4 LIBERDADE E TOLERÂNCIA EM VOLTAIRE

De Santo Agostinho a Voltaire há um grande salto em termos cronológicos, mas na compreensão da evolução do que se entende por liberdade, há uma certa vizinhança que justifica a transição aparentemente abrupta. Santo Agostinho estabeleceu a importância do livre arbítrio, embora sua preocupação primeira fosse a exposição de argumentos relevantes para a teologia cristã. Voltaire, embora em sua vasta obra também tenha se ocupado da discussão conceitual a respeito da liberdade, produziu material diretamente relacionado à defesa da liberdade de expressão das ideias e da liberdade religiosa, se envolveu em questões práticas de sua época e sofreu ele próprio perseguição por suas ideias. O autor conheceu o interior da Bastilha nas ocasiões em que foi preso. Em outras ocasiões, viu-se obrigado a se exilar da França para evitar novas prisões.

Rodrigo Brandão, ao longo de sua tese⁴³, examina de que maneiras o pensamento de Voltaire a respeito da natureza da liberdade se modificou com o tempo. Ao longo de sua vida, segundo Brandão, Voltaire “passa de esforçado defensor da liberdade a determinista convicto”⁴⁴. Inicialmente, “Voltaire aceitava a noção de ordem do mundo apresentada sobretudo pela filosofia da natureza de Newton, mas buscava ainda encontrar um espaço para a liberdade humana dentro dessa ordenação, esforçava-se para conciliar a ordem da natureza e a liberdade do homem”. Mais para o fim de sua vida, Voltaire, ainda segundo Brandão, passa a considerar que

⁴³ BRANDÃO, Rodrigo. **A ordem do mundo e o homem: estudos sobre metafísica e moral em Voltaire**. Tese de doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **A ordem do mundo e o homem: estudos sobre metafísica e moral em Voltaire**. Tese de doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 108.

“o próprio homem é submetido à ordem do todo, restando a liberdade como ausência de impedimentos para realizar uma vontade que por sua vez é sempre determinada”.

A discussão sobre a natureza da liberdade pertence a uma ordem de pensamento em que há o diálogo com a obra de Santo Agostinho e outros filósofos. A despeito de sua importância para a Filosofia, o que mais interessa para a evolução dos ideais de liberdade, especialmente quando se considera que Voltaire viveu o século XVIII quase em sua totalidade e foi contemporâneo da Revolução Americana que resultou na independência das Treze Colônias, é o aspecto político da liberdade, que se revela na posição de Voltaire diante de questões reais que impactavam a vida na França naquela época.

O posicionamento de Voltaire a respeito da liberdade no que se refere aos aspectos práticos da vida em sociedade permite que ele seja considerado um dos proponentes da concepção moderna, conforme a distinção defendida por Benjamin Constant.

Como observa René Pomeau, na introdução ao Tratado sobre a tolerância, de Voltaire⁴⁵, a França dos séculos XVII e XVIII viveu intenso “clima de discussões religiosas e de perseguições”. A França, país católico, não admitia cultos protestantes. A intensidade da perseguição aos não católicos variou ao longo do período, mas nunca existiu na França, durante a vida de Voltaire (1694-1778), verdadeira liberdade religiosa. No máximo, houve períodos em que a existência de protestantes era tolerada em certa medida, mas essas pessoas não gozavam dos mesmos direitos que os católicos.

A motivação imediata para a produção do Tratado sobre a tolerância foi a execução de Jean Calas, considerado culpado pela morte de seu filho Marc-Antoine Calas. Jean Calas era protestante e o motivo atribuído a ele para o assassinato seria sua oposição à vontade do filho, que estaria empenhado em converter-se ao Catolicismo. Esse boato começou a circular pela vizinhança assim que o corpo foi encontrado com sinais de enforcamento, em 13 de outubro de 1761. Em 9 de março de 1762, Jean Calas foi condenado a ser quebrado vivo, depois estrangulado e atirado numa fogueira ardente. A sentença foi executada no dia seguinte.

⁴⁵ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas**. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau. Tradução: Paulo Neves. 2 ed. Martins Fontes. São Paulo, 2000.

Um dos objetivos da tortura aplicada ao condenado era a obtenção de uma confissão do crime. Mas nem mesmo nesse momento Jean Calas confessou. Não havia o que confessar. Um homem inocente foi executado. Pomeau assinala que isso causou um problema aos juízes responsáveis pelo caso. Havia ainda a necessidade de proferir as sentenças dos outros acusados pelo crime: os outros membros da família Calas que estavam na casa de Jean Calas no dia em que Marc-Antoine foi encontrado morto. Diante da falta de provas e da ausência de uma confissão, mesmo diante de tortura, de acordo com Pomeau, os juízes “já não ousam condenar os outros acusados, como logicamente deveriam fazer. Em 18 de março, pronunciam contra Pierre uma sentença de banimento e põem os outros réus para ‘fora do tribunal’; noutras palavras, absolvem-nos. Era reconhecer implicitamente o erro judiciário”⁴⁶.

Nessa época, Voltaire estava vivendo em Ferney, na Suíça, próximo à fronteira com a França. Alguns de seus amigos suíços e franceses levaram o caso ao seu conhecimento. O filósofo se interessou e realizou suas próprias diligências, incluindo longo interrogatório de Donat, o filho caçula de Calas. Após três meses de investigações, com sua convicção formada, Voltaire manifestou em uma carta de julho de 1762 a opinião de que “o furor e a singularidade do destino concorreram para assassinar juridicamente na roda o mais inocente e mais infeliz dos homens, para dispersar-lhe a família e para reduzi-la à mendicância”⁴⁷.

O Tratado sobre a tolerância, partindo da condenação de Jean Calas, como observa Moreau, “amplia as perspectivas. O drama tinha, manifestamente, como primeira origem a legislação antiprotestante. Voltaire propõe modificá-la”.

No capítulo VI do Tratado sobre a tolerância, intitulado “Se a intolerância é de direito natural e de direito humano”, Voltaire define direito natural como “aquele que a natureza indica a todos os homens. Educaste vosso filho, ele vos deve respeito como a seu pai, reconhecimento como a seu benfeitor. Tendes direito aos frutos da terra que cultivastes com vossas mãos. Fizestes e recebestes uma promessa, ela deve ser cumprida”. Acrescenta que “o direito humano só pode se fundar nesse direito de natureza”.

⁴⁶ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas**. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau. Tradução: Paulo Neves. 2 ed. Martins Fontes. São Paulo, 2000. p. XVIII-XIX.

⁴⁷ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas**. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau. Tradução: Paulo Neves. 2 ed. Martins Fontes. São Paulo, 2000. p. XIX.

Para Voltaire, princípio fundamental, o princípio fundamental tanto do direito natural como do direito dos homens é a máxima “não faças o que não gostarias que te fizessem”. Por isso para ele a intolerância religiosa é inaceitável, uma vez que equivale a dizer “acredita no que acredito e no que não podes acreditar, ou morrerás”. Voltaire afirma que “o direito da intolerância é, pois, absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois os tigres só atacam para comer, enquanto nós exterminamo-nos por parágrafos”.

No capítulo XI, “abuso da intolerância”, Voltaire indaga se “cada cidadão só deverá acreditar em sua razão e pensar o que essa razão esclarecida ou enganada lhe ditar”, respondendo em seguida: “exatamente, contanto que ele não perturbe a ordem, pois não depende do homem acreditar ou não acreditar, mas depende de ele respeitar os costumes de sua pátria”.

No capítulo XVIII, “Únicos casos em que a intolerância é de direito humano”, o autor afirma que “para que um governo não tenha o direito de punir os erros dos homens, é necessário que esses erros não sejam crimes; eles só são crimes quando perturbam a sociedade; perturbam a sociedade a partir do momento em que inspiram o fanatismo”. Para Voltaire, então, para que alguém seja merecedor de tolerância, é necessário que esse alguém não seja um fanático.

Voltaire afirma no capítulo XXII, “Acerca da tolerância universal”, que “não é preciso uma grande arte, uma eloquência muito rebuscada, para provar que os cristãos devem tolerar-se uns aos outros”. Afirma ainda que “é preciso considerar todos os homens como nossos irmãos”.

Interessante notar que há nas proposições de Voltaire o prenúncio da ideia que seria mais tarde desenvolvida por John Stuart Mill em sua obra “On liberty”. Quando Voltaire afirma que cada um tem o direito de pensar o que quiser desde que não perturbe a ordem e ainda que todos merecem a tolerância desde que não sejam eles próprios fanáticos (e, por conseguinte, intolerantes), está implícita a ideia de que não merecem repressão os atos que não causam dano a outras pessoas. A fundamentação do pensamento de Mill é precisamente a ideia de que o uso da liberdade não pode resultar em dano a outras pessoas.

2.5 LIBERDADE EM IMMANUEL KANT

A obra do filósofo Immanuel Kant exerceu profunda influência sobre a filosofia do século XIX. Nas palavras de Will Durant, “nunca um sistema de ideias dominou tanto uma época como a filosofia de Kant dominou o pensamento do século XIX”⁴⁸. Filósofos que vieram depois foram por ele influenciados ou, no mínimo, procuraram refutar suas proposições.

Para a discussão sobre liberdade, é preciso examinar a ideia do imperativo categórico, desenvolvida na obra “Crítica da razão prática”.

Kant formula o imperativo categórico como a “lei fundamental da razão pura prática”: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”⁴⁹. Como explica Will Durant, Kant quer dizer que as pessoas têm um saber intuitivo, ou seja, que não se fundamenta na razão mas em sensações imediatas e vívidas, de que devem evitar comportamentos que, se adotados por toda a humanidade, tornariam a vida social impossível⁵⁰. Uma pessoa pode mentir para conseguir alguma vantagem ou evitar um problema, mas essa própria pessoa sabe em seu íntimo que se todas as outras pessoas adotassem a mentira como prática habitual tornar-se-iam inviáveis contratos, promessas, transações comerciais ou quaisquer interações sociais que exigissem alguma forma de confiança.

De acordo com Will Durant, esse comando absoluto, esse dever auto-imposto, demonstra, para Kant, que a vontade humana é livre, uma vez que seria impossível que alguém concebesse tal noção de dever se esse alguém não sentisse em si a liberdade. Não seria possível conceber um dever a ser cumprido, mas que pode ser descumprido, se não houvesse justamente a liberdade de se escolher qual ação seguir diante dessa escolha. A liberdade não pode ser demonstrada pela razão

⁴⁸ “Never has a system of thought so dominated an epoch as the philosophy of Immanuel Kant dominated the thought of the nineteenth century.” DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 192.

⁴⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Afonso Bertagnoli. Edições e Publicações Brasil Editora S.A. São Paulo, 1959.

⁵⁰ DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 209.

teórica, ela é demonstrada pela experiência direta em situações de crise que envolvem escolhas morais.

Kant também defendeu que cada pessoa deve ser respeitada como um fim absoluto em si mesmo e é um crime contra a dignidade que lhe é inerente como ser humano usá-la como um meio para uma finalidade externa⁵¹. Esse princípio também é extraído do imperativo categórico. Se cada ação deve ser executada como se pudesse ser a aplicação de uma regra universal, não poderia ser aceita uma ação que pressuponha a utilização de outra pessoa como um instrumento. Se cada um tratasse os outros como simples objetos necessários para a satisfação de seus desejos, o convívio seria impossível. Todos seriam predadores solitários em busca de vítimas e em alerta perpétuo contra inimigos.

2.6 LIBERDADE EM HEGEL

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) é conhecido por defender que toda ideia é um grupo de relações. Só é possível pensar em alguma coisa em relação a alguma outra coisa. De todas as relações possíveis, destaca-se a relação de contraste por oposição. Cada ideia pode ser colocada lado a lado com seu oposto. Bem e mal, alto e baixo, bonito e feio são exemplos que vêm à mente.

Como resume Will Durant, cada pensamento, situação ou objeto “conduz irresistivelmente a seu oposto e então se une a ele para formar um todo mais elevado ou complexo”. Durant acrescenta que “esse ‘movimento dialético’ permeia tudo o que Hegel escreveu” e ressalva que “é uma ideia antiga, (...) antecipada por Empédocles e materializada na ‘proporção de ouro’ de Aristóteles”⁵².

A visão de liberdade de Hegel diverge substancialmente dos conceitos expressos na Declaração de Independência e na Constituição dos Estados Unidos e

⁵¹ DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 216.

⁵² “(...) leads irresistibly to its opposite, and then unites with it to form a higher or more complex whole. This ‘dialectical movement’ runs through everything that Hegel wrote. It is an thought, of course, foreshadowed by Empedocles, and embodied in the ‘golden mean’ of Aristotle”. DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961. p. 223.

daqueles incluídos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela França revolucionária. O contraste fica evidente quando se compara a concepção de relação entre indivíduo e Estado que norteia os documentos norte-americanos com a concepção defendida por Hegel.

Para os pais fundadores da nação norte-americana, o Estado existe para a proteção do indivíduo. Hegel, por sua vez, entende que o Estado não é um meio, mas um fim em si mesmo, e o indivíduo a ele se submete. E nessa submissão o indivíduo é livre. Hegel chama de liberdade a submissão do indivíduo ao Estado. “Afirmamos que a lei, a moral, o Estado – e só eles – são a satisfação e a realidade positiva da liberdade”⁵³.

Embora à primeira vista possa parecer que existe uma conexão, a concepção de Hegel não se aproxima da visão aristotélica do homem como animal político, que só encontra sentido para sua existência no seio da polis. Há uma diferença crucial: o cidadão aristotélico não se submete ao Estado. Ele é parte ativa do Estado e é livre porque exerce diretamente uma parcela do poder soberano desse Estado.

Por isso vale recordar *A República*⁵⁴, de Platão. Na cidade ideal imaginada pelo discípulo de Sócrates, os homens não podem ser considerados livres nem mesmo no sentido aristotélico, uma vez que o governo será exercido somente pela casta dos chamados filósofos, que são preparados desde a infância para servir à cidade. Nessa concepção, nem se cogita falar em liberdade. Os homens vivem na cidade e para a cidade. Talvez pudesse ser considerada um pouco mais livre, no sentido contemporâneo, assim entendido como expressão da liberdade individual, a casta de comerciantes e artesãos. Os componentes dessa casta não têm direitos políticos (reservados unicamente àqueles preparados para o governo) mas não são escravos e, em tese, estão mais ou menos livres para administrar suas vidas privadas. Ainda assim, mesmo que possa ser imaginado algum grau de liberdade na vida privada, essas pessoas estão submetidas ao arbítrio da casta dirigente e não têm o direito de participar da condução dos negócios da cidade.

⁵³ HEGEL, G. W. F. **A Razão na História: Uma introdução geral à Filosofia da História**. Trad.

Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001. p. 88.

⁵⁴ PLATÃO. **A República**. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

2.7 LIBERDADE EM JOHN STUART MILL

Nigel Warburton⁵⁵, ao tratar especificamente da liberdade de expressão, afirma que o livro “On liberty”, de John Stuart Mill, continua a dominar o debate filosófico ainda hoje. A opinião de Warburton indica a importância desse texto, que apresenta ideias a respeito da liberdade em sentido amplo, não apenas liberdade de expressão. Nas palavras do próprio autor, o assunto da obra “não é a chamada liberdade da vontade, (...) mas a liberdade civil ou social: a natureza e os limites do poder que pode de maneira legítima ser exercido pela sociedade sobre o indivíduo”⁵⁶.

O objetivo de “On liberty”, novamente nas palavras de John Stuart Mill, é afirmar “um princípio muito simples”: o único motivo pelo qual a humanidade pode, de maneira individual ou coletiva, interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus componentes é a proteção da própria humanidade. O poder somente pode ser exercido de maneira legítima sobre um indivíduo, contra a vontade desse indivíduo, com a finalidade de prevenir o dano a outrem. Para Mill, alegações de que a interferência tem como objetivo o bem, físico ou moral, do indivíduo com o qual se pretende interferir não constituem razão suficiente. Em outras palavras, a liberdade inclui o direito de qualquer indivíduo causar dano a si mesmo. O que o indivíduo não possui é a liberdade para causar dano àquilo que não seja sua própria pessoa ou de sua propriedade.

O autor ressalva que esse princípio se aplica somente aos seres humanos em plena posse de suas faculdades mentais. Crianças, pessoas abaixo da idade fixada em lei como a de maioridade e outros que não tenham capacidade de cuidar de si próprios precisam ser protegidos de suas próprias ações, assim como do dano eventualmente provocado por agentes externos.

John Stuart Mill defende a liberdade em termos consequentialistas, como assinala Nigel Warburton. A argumentação de Mill se fundamenta na crença de que a proteção da liberdade individual, com a consequente tolerância a diferentes pontos de vista e comportamentos, resulta na maximização da felicidade de uma sociedade.

⁵⁵ WARBURTON, Nigel. **Free Speech: a very short introduction**. Oxford University Press. Oxford. 2009.

⁵⁶ “The subject of this essay is not the so-called liberty of the will, (...) but Civil, or Social Liberty: the nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual. MILL, John Stuart. **On liberty**. Wisehouse Classics. Suécia. 2016.

Uma sociedade em que vigorasse o respeito à liberdade individual apresentaria as melhores condições possíveis para o progresso e o desenvolvimento das pessoas. “Muitas pessoas não conseguiriam desenvolver seu potencial diante de restrições impostas por outras pessoas. Seu desenvolvimento seria prejudicado. Isso seria ruim para todos”⁵⁷.

Tratando especificamente da liberdade de expressão, Mill assinala que a pessoa que procura impedir a divulgação de determinada ideia por considerá-la falsa está agindo como se fosse infalível. A pessoa em questão está absolutamente certa de que sua própria ideia é a verdadeira e a outra ideia é falsa e deve por isso ser suprimida. Ninguém é infalível. E, ainda que a ideia que se tenta suprimir de fato fosse falsa, a sua supressão implicaria uma perda para a humanidade. Mesmo ideias aparentemente falsas podem conter uma parcela de verdade ou, supondo que não exista sequer essa parcela de verdade, o confronto entre as diferentes ideias que resultou na demonstração de que uma delas é falsa tem também como resultado o fortalecimento da ideia considerada verdadeira. Uma ideia que não pode jamais ser contestada e deve ser aceita como verdade *a priori* nada mais é do que um dogma. Ideias verdadeiras, quando deixam de admitir contestação, acabam por se cristalizar em dogmas.

⁵⁷ “Many people would fail to meet their potential if restricted by other people’s interventions. Their self-development would be thwarted. This would be bad for all”. WARBUNTON, Nigel. **Free Speech: a very short introduction**. Oxford University Press. Oxford. 2009.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA

3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DAS RELIGIÕES NO MUNDO OCIDENTAL

O conceito de religião foi apresentado, criticado e debatido por muitos e até os dias atuais não se chegou a um consenso.

A autora Linda Woodhead, em seu artigo *Five concepts of religion*, apresenta uma taxonomia dos cinco conceitos principais de religião na seara das ciências sociais: religião como cultura, identidade, relacionamento, prática e poder⁵⁸.

O conceito de religião como cultura é bem apresentado pelo antropólogo norte americano Clifford Geertz, que enxerga a religião como fato cultural. Para o autor, a cultura é uma teia de significados e representada por símbolos⁵⁹.

A religião que orienta o agir humano por meio de símbolos só será efetiva se esses símbolos forem factíveis e corresponderem às motivações dos homens daquela sociedade naquela época. Trata-se de um conceito dinâmico de religião que se altera de acordo com fatualidade do objeto em determinado tempo e espaço social⁶⁰.

A categoria “religião como identidade” tem como base a teoria de Émile Durkheim que entende que a religião e a sociedade devem ser analisados em conjunto: *“Religião é o lugar onde a sociedade embasa a imagem de si mesma, reafirma os seus vínculos, renova os seus laços emocionais, marca suas fronteiras,*

⁵⁸ WOODHEAD, Linda. **Five concepts of religion**, International Review of Sociology, 21: 1, 121-143. 2011. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254296026_Five_concepts_of_religion/link/579a1f0c08ae425e491833f5/download. Acesso em 15 jul. 2021.

⁵⁹ GEERTZ, Clifford. 1989a. **A Religião como Sistema Cultural**. In. GEERTZ, Clifford. A Interpretação das Culturas. Rio de Janeiro: LTC, p. 101-42. *“Um sistema de símbolos que atua para estabelecer poderosas, penetrantes e duradouras disposições e motivações nos homens através da formulação de conceitos de uma ordem de existência geral e vestindo essas concepções com tal aura de fatualidade que as disposições e motivações parecem singularmente realistas”*.

⁶⁰ WOODHEAD, Linda. **Five concepts of religion**, International Review of Sociology, 21: 1, 121-143. 2011. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254296026_Five_concepts_of_religion/link/579a1f0c08ae425e491833f5/download. Acesso em 15 jul. 2021, p.142. O estudo da religião envolve duas etapas: *“no primeiro, uma análise do sistema de significados incorporados nos símbolos que formam a religião propriamente dita e, no segundo, o relacionamento desses sistemas aos processos psicológicos-estruturais e psicológicos”*.

*se particulariza – e assim se forma”.*⁶¹ A religião é vista como uma fonte de identidade de certo grupo social que vive em determinada época, seja por atribuição social ou percepção pessoal.

A religião como relacionamento estuda as inter-relações entre as pessoas religiosas da mesma comunidade. Quais são os ganhos e custos que os indivíduos que pertencem a determinado grupo religioso possuem por fazerem parte do grupo⁶².

A religião como prática implica considerar rituais e cultos como construtores de um padrão comportamental em determinada sociedade. A ritualística dos cultos, muitas vezes, reforça algumas formas de ação do indivíduo desejadas naquele grupo religioso e, ao mesmo tempo, busca extinguir outras.⁶³

A religião como poder sempre esteve presente na história da humanidade. Em algumas épocas o poder religioso era maior e, atualmente, ao menos nos países ocidentais, menor. Na idade média, o teocentrismo colocava Deus como centro do universo e o criador de todas as coisas existentes no mundo. Com o renascimento e a doutrina filosófica do antropocentrismo, o ser humano foi colocado como centro do universo.

⁶¹ WOODHEAD, Linda. **Five concepts of religion**, International Review of Sociology, 21: 1, 121-143. 2011. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254296026_Five_concepts_of_religion/link/579a1f0c08ae425e491833f5/download. Acesso em 15 jul. 2021, p.122.

⁶² WOODHEAD, Linda. **Five concepts of religion**, International Review of Sociology, 21: 1, 121-143. 2011. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254296026_Five_concepts_of_religion/link/579a1f0c08ae425e491833f5/download. Acesso em 15 jul. 2021; p.193. *“O conceito de religião como relações sociais coincide, em alguma medida, com um conceito de religião como identidade (social). Para ambos, a religião serve para unir pessoas de maneiras particulares. Eles diferem, no entanto, no fato de que, onde religião é vista como relacional, o foco de interesse está mais nas inter-relações entre pessoas religiosas, mais do que nas intra relações entre indivíduos, grupos e comunidades religiosas (e seculares) diferentes. Dessa maneira, a atenção é direcionada mais para interconexões e redes do que para diferenças e divisões, e o que é mais relevante do que o modo como a religião define a identidade é: como ela articula as pessoas entre si, quais ganhos e custos estão envolvidos nisso, como eles são distribuídos e como eles interagem com outras formas de relação social e de estratificação. ”*

⁶³ WOODHEAD, Linda. **Five concepts of religion**, International Review of Sociology, 21: 1, 121-143. 2011. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254296026_Five_concepts_of_religion/link/579a1f0c08ae425e491833f5/download. Acesso em 15 jul. 2021., p.197. *“ O conceito de religião como ritual pode ser encontrado em muitas explicações antropológicas e, embora o debate a respeito do que ritual significa seja extenso e constante, frequentemente são identificados aspectos específicos, incluindo a padronização social de ações humanas corporificadas e o treinamento da atenção para alguns pontos fundamentais do ritual. Sendo assim, diz-se que rituais envolvem os indivíduos em atividades sociais orquestradas e formalizadas, servindo para coordenar movimentos corporais de forma sincronizada e harmoniosa, o que pode, como consequência, reforçar e intensificar certas emoções e compromissos e abolir outros. ”*

A religião exerce uma função relevante na vida das pessoas, que é religar o homem com a divindade sobrenatural. Só ela possui o poder de satisfazer o desejo de imortalidade do ser humano. O indivíduo se comporta segundo as regras estabelecidas pelo ser sobrenatural e, em compensação, ganha a imortalidade e a vida eterna. Ora, o poder pode ser entendido como impor a própria vontade sobre a conduta alheia na interação entre os seres. Assim, a religião possui o poder quando faz o indivíduo cumprir os mandamentos do ser sobrenatural como condição para ganhar a vida eterna.

Os cinco conceitos de religião apresentados não esgotam o tema, pois, trata-se de um conceito complexo, multifacetado e dinâmico (que pode variar de acordo com a localidade e o tempo).

A relação do homem com o fenômeno religioso é inerente ao desenvolvimento da civilização ao longo do tempo. Dos primeiros povos até os tempos atuais a religião está presente na história da humanidade. WOODS Jr ensina: “a religião é o aspecto central de qualquer civilização”⁶⁴.

Os registros das manifestações religiosas mais antigas dos homens são desenhos e pinturas feitos em rochedos representando o Sol e a Lua feitos entre 30.000 a.C e 18.000 a.C. Os povos primitivos consideravam o Sol e a Lua como deuses e os cultuavam⁶⁵.

Estima-se que a consciência do sagrado surgiu em torno de 20.000 a.C. marcada pelo culto doméstico, culto dos ancestrais. É característica a relação do homem com seres superiores com capacidades sobrenaturais dotados do poder de arbitrar a existência dos seres humanos. A comunicação entre homem e ser superior apresentava caráter mágico e divinatório⁶⁶.

Nas sociedades primitivas, as primeiras concepções a respeito da religião advêm da preocupação do indivíduo com sua própria existência e sobrevivência e não da observação das obras da natureza ou com uma busca pela origem de todas as coisas⁶⁷.

⁶⁴ WOODS JR, Thomas E, **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução: Élcio Carillo, revisão de Emérico da Gama. 9º ed. São Paulo: Quadrante, 2014, p.204.

⁶⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.11.

⁶⁶ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.20.

⁶⁷ HUME, David. **História Natural da Religião**. São Paulo: Unesp, 2005, p.31.

Os homens primitivos travavam uma batalha diária contra os perigos da natureza e se sentiam ameaçados por todos os lados. Eram dominados pelo sentimento de medo: da morte, das calamidades naturais, da fome e de tudo que era novo. Como estavam preocupados com a sua sobrevivência, cunharam deuses que controlavam as forças da natureza e poderiam salvá-los de uma catástrofe natural. Os eventos naturais eram atribuídos às punições aplicadas pelos seres sobre-humanos, que agiam pelo princípio da retribuição⁶⁸.

A religião primitiva é marcada por animismo, magia e totemismo. O animismo entende que a vida na Terra forma um todo do qual os seres e coisas individualizadas são participantes. Não diferencia os seres inanimados dos animados, pois todos possuem alma (força individual própria). Assim, as rochas, a água, os vegetais, os animais e os seres humanos possuem alma que são porções menores do todo. A magia: o Universo movimenta-se de acordo com o seu próprio ritmo. A alma participa da realidade universal via troca de informações com o todo. O totemismo: totem pode ser um ser espiritual, um vegetal, animal ou objeto sagrado, ou seja, um símbolo que serve como ponto de referência para a sobrevivência da tribo ou clã. Constitui a autoridade, promove a coesão e a continuidade do agrupamento de pessoas.

Entre os críticos da história das religiões existe um debate a respeito da forma da manifestação religiosa primitiva: para alguns a religião primitiva era originalmente politeísta e para outros, monoteísta. Os evolucionistas que acreditavam que as religiões primitivas eram politeístas e, paulatinamente, galgavam níveis mais evoluídos – como o monoteísmo (Taylor, Frazer e Durckheim) e os integrantes da escola histórico-cultural (Grabner, Schimidt e Koppers) afirmaram que a religião originária era monoteísta e o politeísmo retrata uma degeneração do monoteísmo. Adriani entende que essa discussão não é relevante porque o Poder Divino e o

⁶⁸KELSEN, Hans. **Society and Nature: A Sociological Inquiry**. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1943, p.12: " (...) essa necessidade é menos pronunciada que qualquer outra que ele possa ter e está sujeita a seus desejos e medos. Se eventos extraordinários, real ou imaginariamente, afetam seus interesses vitais e atraem a atenção do homem primitivo, sua resposta imediata não será a explicação racional, mas a reação emocional. Seu totalmente secundário desejo por explicação se satisfaz quando ele consegue interpretar o fato em questão de acordo com sua ordem social, a qual também inclui a natureza. Ele se satisfaz quando os fatos exigindo explicação podem ser interpretados como recompensa ou punição. " (tradução nossa).

participar, que são as bases da religião primitiva, estão presentes tanto no politeísmo quanto no monoteísmo⁶⁹.

O regime sagrado iraniano antigo adotou a expressão maga (dom), regime religioso dirigido pela casta consultiva ou dirigente de altíssimo nível, formada por sábios denominados magos. Religião celestial (as ordens divinas provinham dos céus) e terrena (dirigida à vida em sociedade do povo persa). A reforma do Zoroastrismo trouxe racionalismo, etnicismo, crença em um único Deus, descrição de céu e inferno, julgamento após a morte e livre arbítrio. O Zoroastrismo foi à religião oficial da Pérsia antiga por um longo período (século VI a.C. até VII d.C.). Considerada a primeira grande religião mundial, influenciou as religiões abraâmicas, a filosofia grega e o budismo⁷⁰.

As manifestações mais relevantes da religião mesopotâmica são: a caldaica e a babilônica. A religião caldaica tem influência do regime sagrado antigo: “o nome *Chaldei* era sinônimo de ‘magos’⁷¹(...). Promoveu a interpretação da fenomenologia celeste tanto estática (o que era fixo nos céus) quando dinâmica (movimentação dos astros). A religião babilônica teve como destaque o fato de apresentar o Gishar (valor primordial) que traz a regra moral e material para o mundo. A princípio possuía múltiplas divindades: deusa do amor, da fecundidade, da vida e outros. A religião babilônica foi transformada em monoteísta no reinado dos Marduck. O rei passa a ser o representante de deus na terra⁷².

A religião no Egito antigo era centrada no Ma’at, que representava a ordem universal, a verdade, a justiça, a força que sustenta o mundo, e sem ele o universo desmoronaria. O povo egípcio cultuava diversas divindades, mas, todas possuem um núcleo comum que era o Ma’at. Assim, pela existência do Ma’at, fundamento central da fé egípcia no culto dos diversos deuses, parecia existir um politeísmo de fachada quando, na verdade, os egípcios buscavam um único e verdadeiro Deus (ADRIANI, 2002, p.61)⁷³.

⁶⁹ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.20

⁷⁰ BOYCE, Mary. **A History of Zoroastrianism, Zoroastrianism under the Achaemenians**. Leiden/Köln: Brill. 1982. p.161

⁷¹ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.56

⁷² ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.20

⁷³ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.20

A dicotomia entre o panteão e o deus único tem como uma de suas representações a decisão do Faraó Amenófis IV (1.350 – 1.320 a.C), que renomeou-se Ichnaton (a alegria de Áton) e fundou uma religião monoteísta que cultuou o único e verdadeiro Deus: Sol (Áton). O único intermediário entre o Deus Sol e o povo egípcio era o Faraó Ichnaton. Entretanto, com a morte de Ichnaton, a classe sacerdotal e o povo egípcio exigiram o retorno ao politeísmo⁷⁴.

A história oficial do judaísmo inicia-se com Abraão e seus descendentes, o que se passa na idade do bronze média (2000 – 1800 a.C) (GOODMAN, 2008, p.70)⁷⁵. Abraão é considerado o pai do judaísmo e a torah escrita e a bíblia hebraica são as pedras guias desta religião. A crença dos judeus é que há uma aliança entre os filhos de Israel e o seu Deus. Os documentos dessa aliança são as leis e os mandamentos que Deus revelou a Moisés no Monte Sinai, que constituem a Torah. A importância da Torah é justamente documentar o pacto (berit) originário entre Deus e Israel (ADRIANI, 2002, p.62)⁷⁶. O Deus único e poderoso se importa e quer se relacionar com sua criação: os seres humanos. E para que tal relação seja possível, os homens precisam obedecer às leis e mandamentos desse Deus.

Entre os anos de 2500-1300 a.C., os gregos migraram para a bacia do mediterrâneo oriental. Essa área era ocupada por outro agrupamento de pessoas que já possuíam sua própria cultura e religiosidade. Entretanto, a religião dos gregos com bases celestiais já estruturadas acaba por dominar a região, inclusive entre os povos originais da localidade⁷⁷. A religião grega foi construída, estruturada e organizada

⁷⁴ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.20: *"Há de se observar como a tentativa de Ichnaton vem a falhar, caído o seu monoteísmo luminoso e radiante sob a reacção do politeísmo do substrato arcaico, preferido pela classe sacerdotal reaccionária, bem como pelo sentimento do povo conservador. No entanto, a religião nacional egípcia viveu e continuou para além, ou aquém, desta contradição formal entre o panteão e o deus único. A nobre e quase mítica tentativa de Ichnaton não foi mais do que o esforço, aparentemente arbitrário, de sancionar a tese monoteísta implícita em toda a tradição, tanto a mais antiga, como a mais recente."*

⁷⁵ GOODMAN, Martin. **Rome and Jerusalem: The Clash of Ancient Civilizations**. London: Penguin Books, 2008, p. 70.

⁷⁶ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.62: *"(...) É que a religião bíblica define-se na Torah, mas a própria Torah não teria qualquer significado se não fosse – se não representasse – o momento ou valor que deu origem a este processo sagrado, gerado pelo pacto ("berit") originário entre Javé e Israel, entre o deus que se torna deus do seu povo e o povo que cresce como povo do seu Deus."*

⁷⁷ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.66: *"(...) esta religiosidade terrestre cede perante o movimento conquistador, mas permanece e persiste na sua experiência marginalizada e secreta; e voltará novamente a aparecer após muitos séculos, e durante muito*

desde a Grécia antiga. Era detentora de documentos, textos escritos, estudos de filósofos e literatos, o que possibilitou o estudo da história das religiões⁷⁸.

A religião na Grécia era politeísta. O que se explica pela forma de organização social que predominava no mundo grego antes do surgimento das polis. Estruturavam-se em agrupamentos familiares primitivos denominados génos (clã patriarcal cujos membros, em geral, descendiam de um antepassado comum). Cada génos possuía seu Deus, seu fogo e seus ritos específicos⁷⁹.

A particularidade do politeísmo grego é o princípio da hierarquia entre os Deuses. Zeus é a divindade mais importante. Ele lutou contra Cronos e o venceu. Zeus também libertou seus irmãos da barriga de Cronos e eles se tornaram os outros Deuses do Panteão grego. As demais divindades reconhecem Zeus como a divindade mais importante, já que foram libertadas por ele⁸⁰. Antes, existia o politeísmo originário: clãs familiares primitivos com cultos próprios de cada família. Depois, passou a existir um culto a diversos deuses de forma hierarquizada centralizada na figura de Zeus – o que favorece o surgimento de uma religião nacional.

Na religião grega, os Deuses do Olimpo desciam dos céus para colocar ordem no mundo terrestre. Os deuses eram reguladores das ações dos mortais e comportavam-se como fundadores e legisladores da vida humana. Seres Divinos que tutelam as pessoas, os povos e as cidades⁸¹.

tempo. Entretanto, a nova religião grega impõe-se. Esta é, contrariamente a forma terrestre da tradição, a religião celeste, dos deuses do Céu (...).

⁷⁸ ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. Tradução: Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.5. Mircea Eliade aponta que desde a Grécia Clássica, notadamente a partir do século V, há o estudo da história das religiões. O interesse era em conhecer e descrever os cultos estrangeiros comparado aos fenômenos religiosos nacionais. Parmênides (530-460 a.c.) e Empédocles (495-435 a.c) escreveram sobre deuses e mitos gregos. Demócrito (460-370 a.c) dedicou-se ao estudo das religiões estrangeiras clássico notadamente a babilônica. Heródoto (484-425 a.c) possui escritos que descrevem as religiões do Egito, da Pérsia, Trácia e Cítia; Platão (429-347 a.c) descreveu as religiões bárbaras; Aristóteles (384-287 a.c) apresentou na sua obra *Metafísica* a teoria da degenerescência religiosa; Teofrasto (327-287 a.c) é considerado o primeiro historiador grego das religiões e elaborou um conjunto de livros sobre história das religiões (6 volumes).

⁷⁹ JARDÉ, Auguste. **A Grécia antiga e a vida grega**. São Paulo: EDUSP, 1977, p.203.

⁸⁰ ADRIANI, Maurilio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.66: "(...) Trata-se de um politeísmo evidente que não ignora o princípio da hierarquia, já que Zeus é a Divindade mais importante, depois de ter obtido o domínio sobre o Deus do mar, Poseídon, e sobre a Deusa da Terra, Deméter".

⁸¹ ADRIANI, Maurilio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p.67: "(...) o destino natural da religião grega é, e continua a ser, a característica celestial das origens, da política; isto é concretiza-se na tutela das pessoas, dos povos, das cidades (...)."

A imposição de uma religião para a cidade encontrou oposição nos ensinamentos de Sócrates a respeito de uma religião interior da consciência do eu. Sócrates falava aos atenienses que era primordial obter conhecimento e virtude que possibilitariam conhecer a si mesmo e cuidar de si mesmo. O julgamento e execução de Sócrates demonstram a intolerância que havia na época a qualquer manifestação religiosa contrária à religião da polis⁸².

A religião da polis, nacional e étnica, no final do século IV a.C., passou a sofrer influência de outros povos e a cultura resultante é chamada de Helenismo. Os povos gregos tiveram efetivo contato com as tradições religiosas orientais a partir de Alexandre, o Grande (356-323 a.C.). Os helênicos começaram a descrever tais religiões orientais e suas peculiaridades. Com isso conheceram os mitos, ritos e costumes religiosos exóticos. Os cultos gregos foram influenciados pelos povos bárbaros. Os deuses, embora tivessem forma humana, eram superiores aos homens, pois eram imortais, dotados de força sobre humana e poderes sobrenaturais⁸³.

Os deuses antigos adorados pelos romanos eram os elementos e as forças da natureza, deuses que protegiam as famílias e os lares. O desenvolvimento da religião em Roma primeiro se dá no âmbito da família, passando pelo clã e pela tribo, até chegar ao Estado. Como na Grécia, cada núcleo familiar possuía seu próprio Deus, seus preceitos fundamentais, seu fogo sagrado e seus rituais. O responsável pelo culto doméstico dos deuses familiares era o pater familias – chefe da família⁸⁴.

Roma foi herdeira das influências religiosas dos povos gregos e itálicos. Politicamente e religiosamente, Roma é considerada unificadora dos povos itálicos. Um pacto feito entre os deuses e a humanidade possibilitou a *Pax Deorum* (paz dos Deuses). A comunidade obedece às imposições dos Deuses e, em troca, recebe segurança e proteção das divindades⁸⁵.

A Monarquia Romana é estruturada a partir das regras do próprio culto. O instituidor do lar sagrado era o seu primeiro sacerdote e rei. O poder religioso e estatal

⁸² PLATÃO; XENOFONTE; ARISTÓFONES. **A defesa de Sócrates. Ditos e feitos memoráveis de Sócrates/Platão; Apologia de Sócrates/Xenofonte. As nuvens/Aristófanis**; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazynski. 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1987.

⁸³ LESKY, Albin. **História da literatura grega**. Trad. Manuel Losa. Lisboa-Portugal. Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p.86.

⁸⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.3.

⁸⁵ ADRIANI, Maurílio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002, p. 71.

era hereditário. O Rei era o líder administrativo, militar e religioso da cidade, sendo considerado uma autoridade santa e inviolável. O primeiro Rei de Roma, Rômulo, estruturou a cidade de acordo com os ritos religiosos. Era o sacerdote supremo que ligava os homens aos Deuses: velava pelo fogo sagrado, proferia as orações irrecusáveis pelos deuses, promovia o culto aos antepassados, oferecia sacrifícios e cobria o seu exército com a proteção dos Deuses⁸⁶.

Com o tempo, os Reis deixaram de ter a autoridade política, mas mantiveram a autoridade sacerdotal. O conhecimento religioso era hereditário e os Reis receberam de seus antepassados os ritos para trazer proteção para a cidade, as orações que eram escutadas por Deuses, ritos dos sacrifícios.⁸⁷

Na República a religião não governa mais. O princípio norteador a partir do qual se organiza a sociedade passa a ser o interesse público. As leis antigas fundadas nas regras de culto imutáveis são substituídas por leis maleáveis que devem refletir os interesses, costumes e hábitos dos homens de determinada época e certa sociedade⁸⁸.

A religião no Império Romano é marcada por uma mistura de cultos religiosos. Roma permitia que os conquistados continuassem com suas práticas religiosas. Aos poucos esses povos eram integrados na sociedade romana⁸⁹.

Nos séculos anteriores ao surgimento do Cristianismo foi diminuindo, gradativamente, a influência da religião na política e no direito: *“Já nos cinco séculos que precedem o cristianismo, a aliança não era mais tão íntima entre a religião, de uma parte, e o direito e a política de outra”*⁹⁰.

O cristianismo surgiu na Palestina (nome que os romanos antigos deram ao território em que hoje estão Israel, Palestina e Síria), no início século 1. d.C.,

⁸⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.124: “A tradição representa seus reis sempre como sacerdotes. O primeiro foi Rômulo, “instruído na ciência augural (8)”, e que fundou a cidade de acordo com os ritos da religião. O segundo foi Numa; “ele desempenhava — diz Tito Lívio — a maior parte das funções sacerdotais; mas previu que seus sucessores, ocupados com muitas guerras, não poderiam cuidar sempre dos sacrifícios, e instituiu os flâmines, para substituir os reis quando estes se ausentassem de Roma”. — Assim, o sacerdócio romano não era senão uma espécie de emanção da primitiva realeza (9).”

⁸⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.178.

⁸⁸ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.226.

⁸⁹ ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.7.

⁹⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.226.

fundado nos ensinamentos de Jesus Cristo. O cristianismo nasceu como Igreja católica em 30 d.C. Entretanto, no início do século XI, foi dividido em Igreja Católica Apostólica Ortodoxa e Igreja Católica Apostólica Romana. Posteriormente, no século XVI, surgiu o Protestantismo (mais uma forma de Cristianismo)⁹¹.

A religião cristã é baseada em fatos históricos e tem a fé como fundamento (cristão é aquele que acredita que Jesus Cristo é o filho de Deus, ressuscitou e que há outra vida). Caracteriza-se como uma religião de salvação, dado que a morte de Jesus na cruz permite que os pecados dos seres humanos sejam perdoados e suas almas sejam salvas da condenação eterna⁹².

Os ensinamentos do Cristianismo limitam o poder do Estado. Isso porque consideram o homem sob duas perspectivas: ser físico e material, que se submete ao Estado, e alma, que é espiritual e só responde a Deus. O dever das pessoas não era mais dar sua vida, seu tempo, suas forças ao Estado e a política e a guerra deixam de ser o eixo da vida do homem.

O Império Romano enxerga a nova doutrina cristã como uma ameaça à onipotência do Estado. Os cristãos foram considerados subversivos por se recusarem a cultuar os deuses romanos e a participar do culto imperial. A perseguição a eles se inicia a partir da segunda metade do século 1 d.C. As primeiras perseguições eram locais e esporádicas. Em 303, o Imperador Diocleciano emitiu uma série de éditos que revogavam os direitos legais dos cristãos e exigiam que eles cumprissem as práticas religiosas romanas⁹³.

O Imperador Constantino colocou fim, definitivamente, às perseguições com a assinatura do Édito de Milão em 313 d.C., que ordenava o fim da prática em todas as províncias do Império. O Imperador Teodósio em 380 d.C. emanou o Édito de Tessalônica e fez do cristianismo a religião oficial do Império Romano⁹⁴.

A transição da religião romana do culto a múltiplos deuses para a adoção do Deus único cristão foi paulatina. Os escritores da doutrina cristã procuraram

⁹¹ JOHNSON, Paul. **A História do Cristianismo**. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p.78.

⁹² TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, Versão e-book.

⁹³ RIVES, J. B. Religion in the Roman empire. In: HUSKINSON, J. (Ed.). **Experiencing Rome. Culture, identity and power in the Roman Empire**. Londres: Routledge, 2000, p. 245-275.

⁹⁴ RIVES, J. B. The Decree of Decius and the Religion of Empire. **The Journal of Roman Studies**, vol. 89, p. 135-154, 1999.

apresentar a superioridade do cristianismo em relação ao paganismo devido à origem sobrenatural do Deus cristão⁹⁵. Os escritores cristãos produziram estudos que contribuíram para o estabelecimento dos paradigmas da teologia cristã, e principalmente, objetivaram o reconhecimento do cristianismo como componente da estrutura social do Império Romano.

O Bispo Eusébio de Cesareia elaborou a primeira crônica cristã, na qual descreve a antiguidade da fé cristã. Ele era chamado de pai da história eclesiástica pois na obra *História Eclesiástica* descreveu os fatos cristãos historicamente. Nas palavras do Bispo Eusébio de Cesareia: *“Confesso ser tarefa acima de minhas forças o cumprimento íntegro e perfeito de meu compromisso. Sou de fato, o primeiro a empreender tal iniciativa, atravessando paragens ínvias e ainda não trilhadas. Suplico a Deus seja meu guia e a força do Senhor me preste seu concurso”* ⁹⁶.

Os estudiosos cristãos organizaram a doutrina cristã de acordo com a filosofia clássica, emergindo daí um sistema de crenças coerente. Essa sistematização lógica das crenças cristãs possibilitou maior aceitação do cristianismo entre os membros da elite intelectual romana.

Por outro lado, os intelectuais defensores do paganismo escreveram diversas obras na defesa do seu sistema de crenças. Entre elas se destaca: *A vida de Apolônio de Tiana* escrita por Filostrato (c. 175-149). A aristocracia pagã queria preservar as tradições romanas, notadamente a literatura clássica⁹⁷.

Desde Roma antiga o politeísmo esteve presente na cultura dos populares e um Édito que eleva o cristianismo a categoria de religião oficial não foi capaz de alterar as crenças em diversos deuses. O povo, em sua maioria, permaneceu adorando múltiplas divindades. Os que se converteram ao cristianismo eram parte da elite intelectual. Para não perder poder e influência, Constantino permitiu a coexistência do paganismo e do cristianismo e se manteve como grande pontífice dos cultos pagãos públicos e privados. Os sucessores de Constantino também mantiveram a política de tolerância ao paganismo⁹⁸.

⁹⁵ ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.8.

⁹⁶ CESAREIA, Eusébio de. **História Eclesiástica**. São Paulo: Paulus, 2000.

⁹⁷ ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 199, p.8.

⁹⁸ VEYNE, Paul. **Quando o nosso mundo se tornou cristão**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2007, p.59.

Embora a transição do politeísmo para o monoteísmo cristão, no início, tenha enfrentado percalços, ela acabou ocorrendo pelas ações da Igreja Católica. Nesse sentido, Woods afirmou: “(...) *Ao longo de dois mil anos, a maneira de o homem ocidental pensar sobre Deus deve-se sem a menor dúvida à Igreja Católica*”⁹⁹.

A concepção que a Igreja Católica apresentou de Deus, que a distingue das antigas civilizações do Oriente próximo possuíam do divino, é fundada em quatro premissas: 1) Deus é um só; 2) Deus é totalmente soberano; 3) Deus é transcendente, é criador completamente diferente da sua criação e está acima dela; 4) Deus é bom¹⁰⁰.

A Igreja Católica e a Igreja Ortodoxa possuem a mesma origem em uma igreja única criada por Jesus Cristo. O texto bíblico marca o surgimento dessa igreja única em 30 d.C., quando Jesus Cristo escolheu os 12 apóstolos e Simão Pedro como a pedra fundamental sobre a qual fundou a Igreja Católica (Mt16:18). A igreja única era conhecida como Igreja Católica (na carta de Santo Inácio de Antioquia aos Esmirniotas, datada do início do século II, é mencionado termo Igreja Católica¹⁰¹). Entretanto, em 1.054 d.C., houve o grande cisma separando os cristãos do Oriente (Igreja Católica Apostólica Ortodoxa) e os cristãos do Ocidente (Igreja Católica Apostólica Romana)¹⁰².

A alta idade média, especialmente entre os séculos V e VII, é marcada pela supressão das riquezas civilizacionais da antiguidade clássica. As invasões bárbaras sobre o Império Romano acabaram por dividir em uma colcha de retalhos o que restava do Império Romano do Ocidente. A principal causa do retrocesso cultural foram as invasões bárbaras e não o Cristianismo¹⁰³.

Carlos Magno, soberano da nova Europa pós imperial, promoveu no século VIII o renascimento da religião, das artes e da cultura por meio da Igreja Católica.¹⁰⁴

⁹⁹ WOODS JR, Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução: Élcio Carillo, revisão de Emérico da Gama. 9º ed. São Paulo: Quadrante, 2014, p.204.

¹⁰⁰ WOODS JR, Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução: Élcio Carillo, revisão de Emérico da Gama. 9º ed. São Paulo: Quadrante, 2014, p.204.

¹⁰¹ ANTIOQUIA, Santo Inácio de. **Padres Apostólicos**, volume I, Coleção Patristica, Editora Paulus. Tradução: Ivo Storniolo, Euclides M. Balancin

¹⁰² JOHNSON, Paul. **A História do Cristianismo**. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p.80

¹⁰³ DURANT, Will. **Caesar and Christ**. Editora: MJF Books, New York, 1950, p. 79.

¹⁰⁴ WOODS JR, Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução: Élcio Carillo, revisão de Emérico da Gama. 9º ed. São Paulo: Quadrante, 2014, p.13.

A reforma protestante, em 1517, foi capitaneada por Martinho Lutero, que tinha severas críticas à religião Católica Apostólica Romana, notadamente a venda de indulgências e a falta de liberdade religiosa. A fundamentalização do direito de liberdade religioso adveio da reforma protestante. Como assinala Jellinek, *“as lutas que se originam como consequência da Reforma (entre os congregacionistas e independentes na Inglaterra e Escócia) causaram o surgimento da doutrina da declaração de direitos, originando a liberdade de consciência religiosa”*¹⁰⁵.

O Renascimento, ainda no século XVI, trouxe consigo o movimento humanista, que passou a disseminar a necessidade de proteção jurídica dos direitos individuais e dos direitos fundamentais, entre eles o de liberdade religiosa. Passou a ser primordial a positivação dos direitos humanos fundamentais¹⁰⁶.

Já no século XVIII, foi assinada a Declaração de Direitos de Virgínia (1776), considerada a primeira formalização dos direitos humanos fundamentais: “verdadeira certidão de nascimento dos direitos humanos fundamentais”¹⁰⁷. Em 17 de setembro de 1787 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos. A primeira emenda, de 1791, expressamente garantiu a liberdade de expressão, de religião, de reunião e petição e o direito à justiça.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Assembleia Nacional Francesa formalizou em 17 artigos os direitos fundamentais do cidadão – entre os quais o direito de liberdade religiosa.¹⁰⁸

A Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945, consolidou o direito de paz e segurança internacionais e universalizou as liberdades fundamentais e os direitos humanos.¹⁰⁹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) busca

¹⁰⁵ JELLINEK, G. **Teoria General del Estado**, 1936 citado por RIBEIRO, Milton. *Liberdade Religiosa uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 22.

¹⁰⁶ WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22-23.

¹⁰⁷ REIMER, Haroldo. **Liberdade Religiosa na História e nas Constituições do Brasil**. São Leopoldo: Oikos, 2013, p. 38.

¹⁰⁸ WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Promulgada em São Francisco, em 26 junho 1945. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 15 jul 2021.

consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados e em seu artigo 18 assegura o direito de liberdade religiosa.¹¹⁰

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 traz os instrumentos jurídicos para que se possa exigir o cumprimento das normas contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O direito de liberdade religiosa é assegurado no artigo 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹¹¹, o qual apresenta a liberdade religiosa como um conceito multifacetado: liberdade de consciência, liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos foram elaborados e, em geral, os Estados incluíram na sua ordem jurídica os direitos humanos, entre eles o direito de liberdade religiosa. Apesar da extensa positivação do direito de liberdade religiosa, a intolerância religiosa continua presente em diversos Estados.

3.2. AS PRINCIPAIS RELIGIÕES PRESENTES NO BRASIL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Este tópico da tese objetiva apresentar as principais religiões que existem atualmente no Brasil e descrever quais são as características mais marcantes de cada

¹¹⁰ FRANÇA. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Ambassade de France au Brésil. Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 10 nov. 2021.

¹¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021. “1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

uma. Foge ao escopo deste trabalho fazer um estudo sobre história da religião ou história da Igreja no Brasil.

O critério utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) com a finalidade de apresentar as principais religiões do Brasil foi utilizado nesta tese, qual seja, as religiões com maior número de adeptos autodeclarados em relação ao total da população brasileira.

A população brasileira estimada em 2021 pelo IBGE foi de 213.317.639 pessoas. O próximo censo demográfico brasileiro está programado para 2022, por isso optamos por trabalhar com os dados atualmente disponíveis, os do censo demográfico do IBGE de 2010. Em 2010, o Brasil contava com uma população total de 190.755.799 pessoas.

As quatro¹¹² principais religiões do Brasil, no ano de 2010, de acordo com o critério “número de adeptos autodeclarados em relação ao total da população brasileira” são: i) católica apostólica romana - 123.280.172 pessoas, o que representa 64,63% da população brasileira; ii) evangélica - 42.275.440 indivíduos, ou seja, 22,16% da população brasileira; iii) espírita - 3.848.876 pessoas ou 2,02% dos brasileiros; e iv) testemunhas de Jeová - 1.393.208 indivíduos, o que corresponde a 0,73% da população brasileira (IBGE, 2010)¹¹³.

O número de pessoas que declarou não ter religião é expressivo: 15.355.510, ou 8,04% da população brasileira. Caso a categoria pertencesse a alguma denominação religiosa seria a terceira religião com mais adeptos no Brasil.

Atualmente, as quatro principais religiões presentes no Brasil se autodeclararam cristãs. Assim, uma descrição a respeito das mais relevantes religiões deste país deve considerar o contexto histórico de surgimento do cristianismo.

No Império Romano havia diversas denominações religiosas, mas prevaleciam o judaísmo e o maniqueísmo. As duas formas de maior influência religiosa eram contraditórias: o poder político para os maniqueístas era desprezível e para os judeus era desejado e esperado (como se nota na expectativa pela vinda do messias

¹¹² Optou-se por considerar as religiões que tivessem mais de 0,5% da população brasileira como adeptos e foram encontradas só quatro religiões: católica apostólica romana, evangélica, espírita e testemunhas de Jeová. A categoria “outras religiosidades cristãs” (0,77% da população brasileira) não foi considerada porque envolve diversas denominações cristãs.

¹¹³ BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107?detalhes=true>. Acesso em 20 jan. 2022.

e a restauração do trono de Davi instituindo o reino de Deus na terra). Para os maniqueístas, tanto o poder político como tudo que existia no mundo dos homens eram considerados abominações e eles acreditavam que o lar verdadeiro do ser humano é o céu (bem-aventurança celeste) (TORRES, 2020, p.19)¹¹⁴.

Os primeiros cristãos eram hebreus que entendiam a doutrina cristã e se convertiam ou eram maniqueus que se tornavam cristãos. O maniqueísmo, que via a terra apenas com um lugar de provas e tinha como objetivo final da existência humana alcançar a bem-aventurança celeste, apresentava-se como uma doutrina ortodoxa e, assim, foi aceito pelos cristãos. Por outro lado, o messianismo judeu era bem distinto do cristianismo e não foi possível sua incorporação pelo último. O que não significa que os judeus que se converteram ao cristianismo tenham abandonado imediatamente e por completo suas crenças messiânicas¹¹⁵.

O cristianismo é fundado na revelação bíblica e ela é usada como pedra fundamental para a construção de comunidades cristãs pelo mundo. Ainda que cada povo possua seus medos, suas necessidades e suas crenças, ao adotar o cristianismo deve procurar seguir as crenças e os valores da Bíblia Sagrada. Ao mesmo tempo que a Bíblia ensina que as realidades humanas foram construídas pelo sopro criador do espírito que as edifica com beleza e ordem, diz que não há reino humano em que inexistam fraquezas, falhas e desordem¹¹⁶.

A religião cristã tem como princípio basilar a evangelização seguindo o mandamento de Jesus Cristo: “*Ide por todo o mundo e proclamai o evangelho a toda criatura*” (Marcos, 16:15). Os cristãos propagaram a sua fé nas cidades romanas, nos centros de comércio e nos centros urbanos, inicialmente, dentro das fronteiras do Império Romano – período da *pax romana*¹¹⁷. Nessa época, nos primeiros duzentos

¹¹⁴ TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, Versão e-book, p.19.

¹¹⁵ TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, Versão e-book, p.20.

¹¹⁶ SOUZA, Thomaz Marcondes de Souza. **O descobrimento do Brasil – estudo crítico**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946.

¹¹⁷ *Pax Romana* é um período de paz e propriedade do Império Romano durante a transição da era republicana para o período imperial – estabelecida em 27 a.c até 180 d.c. O primeiro imperador Romano, Otávio Augusto, governou de forma a trazer fim das guerras civis e estabilidade nas fronteiras romanas. Os conflitos internos com os povos conquistados foram controlados, e uma razão para tal foi a permissão do Imperador para que a cultura própria dos povos conquistados fosse admitida. Os deuses dos povos conquistados foram inseridos no Panteão. O cristianismo começou a ser apresentado aos povos romanos nessa época.

anos da era cristã, ocorreu a expansão paulatina do cristianismo sem que houvesse oposição do Império Romano. O século III d.C. foi um período instabilidade política, militar e social no Império e marcado por perseguição aos cristãos¹¹⁸.

A missão dada por Jesus Cristo aos apóstolos de ir a todos os cantos da Terra e proclamar o evangelho para todos os seres humanos justifica as características de movimentação geográfica, cultural e social do cristianismo. A fé cristã se espalhou para Ásia Menor, Macedônia, Grécia, Egito e, posteriormente, para a América¹¹⁹.

A propagação do cristianismo nas Américas, na vertente do Catolicismo, foi promovida pelos países ibéricos. A formação dos reinos católicos (Navarra, Leão, Castela Aragão e Condado Portucalense) ocorreu em decorrência das guerras travadas desde 711 para expulsar os árabes muçulmanos da península. A coroa portuguesa se aproximou da Igreja Católica a partir do reinado de Afonso I. A bula papal¹²⁰ *Manifestis Probatum*, 1179, editada pelo papa Alexandre III, reconhece Portugal como país soberano e independente protegido pela Igreja Católica. Tanto Portugal como Espanha na época das grandes navegações eram fortemente influenciados pela Igreja Católica¹²¹.

A expansão marítima portuguesa tem como marco significativo a conquista de Ceuta em 1415. Ceuta, localizada no norte da África, passou a ser referência para grandes navegações portuguesas. O Papa, por intermédio das bulas papais, incentivou a ampliação do domínio de Portugal sobre a África. Em 1418, por exemplo, o Papa Martinho V expediu a bula papal *Rex Regum*, a qual estabeleceu como ações

¹¹⁸ SILVA, Gilvan Ventura da; MENDES Norma Musco (organizadores). **Repensando o Império Romano: perspectiva socioeconômica, política e cultural**. Rio de Janeiro: Mauad; Vitória, ES: EDUFES, 2006, p. 241-266.

¹¹⁹ NOGUEIRA, Paulo Augusto de Souza. **O cristianismo primitivo como objeto da história cultural: delimitações, conceitos de análise e roteiros de pesquisa**. Antíteses, [S.l.], v. 8, n. 16, p. 31-49, jan. 2016. ISSN 1984-3356. Disponível em <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/22732>. Acesso em 01 fev. 2022.

¹²⁰ As bulas papais alcançaram tamanha importância porque o Papa era considerado como um sujeito de direito internacional. O Papa, que detinha a capacidade de comunicação com o mundo espiritual e o que era esperado por Deus nas relações do mundo temporal, possuía o poder de regular as relações entre os Estados Católicos.

¹²¹ MAESTRI, Mário. **Uma história do Brasil: colônia**. E. Ed. São Paulo: contexto, 2002.

pertencentes a cruzada as conquistas de Portugal no continente africano e convocou todos os reis católicos a juntar forças na luta contra os mouros¹²².

No início das grandes navegações, na busca pelo caminho para as Índias, novas terras foram descobertas pelos mercadores ibéricos. A princípio, a exploração e a ocupação das novas terras descobertas no além-mar eram divididas pelas bulas papais. Nesse sentido, a conquista de parte do território africano pelos portugueses contou com o auxílio da Igreja Católica, pois a Bula Papal *Romano Pontifex* do papa Nicolau V (1455) concedia na seara econômica o monopólio da exploração das novas terras conquistadas e, na área religiosa, o poder de administrar os assuntos religiosos nas terras do além mar - padroado^{123 124}.

As disputas dos países ibéricos pelas novas terras descobertas em decorrência das grandes navegações se acirraram em 1492, com a chegada de Cristóvão Colombo à América. Com o intuito de regular os direitos de ocupação e exploração pelos países ibéricos sobre a América, o Papa Alexandre VI, em 1493, publica a bula *Inter coetera*, a bula *Eximiae devotione* e a bula *Dudum siquidem*. Entretanto, os reis ibéricos não aceitaram as determinações dessas bulas papais e resolveram negociar diretamente, estabelecendo um tratado. Assim, o Tratado de Tordesilhas¹²⁵, de 1494, foi o primeiro acordo entre Estados Católicos sem a interferência papal¹²⁶.

¹²² FONSECA, Dante Ribeiro da. **Das bandeiras às fronteiras – São Paulo, Belém e a expansão a oeste de Tordesilhas**. In: A Defesa Nacional: Revista de assuntos militares e estudos de problemas brasileiros. Editor: Alexandre Moreno dos Santos. Composição: Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Ano CV – N° 834 – 3º Quadrimestre de 2017. ISSN: 0011-7641.p.40. Disponível em ebrevistas.eb.mil.br/ADN/article/view/1324/1263. Acesso em 25 jan. 2022.

¹²³ Padroado existiu no século XVI – sendo típico dos reinos ibéricos, sendo entendido como um direito concedido pelos Papas aos Reis que são investidos de poderes pontifícios para administrar, organizar e sustentar os assuntos da igreja católica nos seus respectivos territórios, notadamente, nas novas terras conquistadas pela expansão ultramarina. Trata-se de um compromisso solene entre a Santa Sé e os Estados de disseminar o catolicismo em todo território daquele Estado.

¹²⁴ RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **A fundação do Brasil: testemunhos (1500-1700)**. Petrópolis: editora Vozes, 1992, p.69

¹²⁵ O Tratado de Tordesilhas estabeleceu uma linha geodésica imaginária que partia do polo ártico (norte) e chegava ao polo antártico (sul). Esta linha geodésica foi fixada em trezentos e setenta léguas a oeste de Cabo Verde – sendo que o território a oeste da linha pertencia a Espanha e a leste a Portugal.

¹²⁶ FONSECA, Dante Ribeiro da. **Das bandeiras às fronteiras – São Paulo, Belém e a expansão a oeste de Tordesilhas**. In: A Defesa Nacional: Revista de assuntos militares e estudos de problemas brasileiros. Editor: Alexandre Moreno dos Santos. Composição: Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Ano CV – N° 834 – 3º Quadrimestre de 2017. ISSN: 0011-7641. p.40. Disponível em ebrevistas.eb.mil.br/ADN/article/view/1324/1263. Acesso em 25 jan. 2022.

A coroa portuguesa iniciou a ocupação do território à leste da linha de Tordesilhas em 1500, com a chegada da frota de Pedro Álvares Cabral ao litoral do território inicialmente chamado Terra de Santa Cruz, que viria a se tornar o Brasil. A sistemática de sua colonização foi calcada em questões econômicas e fundamentos religiosos.

Os portugueses se lançaram ao ultramar em busca de novas riquezas. No Brasil, o objetivo era explorar as riquezas naturais (ouro e extrativismo vegetal) e promover a instalação de sistemas de produção (cana de açúcar).

As grandes navegações portuguesas foram marcadas, desde início, com a característica de ser uma cruzada, a princípio contra os mouros, e, posteriormente, em relação a todos aqueles que não eram católicos (ou seja, considerados pagãos). Portugal era um Estado absolutista e católico que não admitia que os habitantes de sua nova colônia não fossem católicos. Assim, as leis da metrópole portuguesa estabeleciam, unilateralmente, que em todas as suas colônias o Catolicismo fosse a religião oficial.

O escrivão Pero Vaz de Caminha (1500) escreve uma carta para o Rei Dom Manoel na qual descreve os índios como um povo bom e simples que, vencido o obstáculo do idioma, se tornarão cristãos e católicos¹²⁷. Os viajantes e nobres portugueses e os jesuítas que se dirigiram ao Brasil após a chegada de Cabral fizeram os relatos da cultura, das crenças e comportamentos dos índios¹²⁸.

Os habitantes da Terra de Santa Cruz possuíam sua própria cultura e crenças religiosas. Pesquisas arqueológicas apontam que a ocupação do solo brasileiro se deu há mais de 12 mil anos por povos paleoíndios. Na época do descobrimento do Brasil foram catalogados em torno de 1400 agrupamentos indígenas no território brasileiro. Não há consenso entre os historiadores sobre o número de indígenas existentes no país naquela época, o que possivelmente se deve

¹²⁷ CAMINHA, pero Vaz de. Carta de Pero Vaz de Caminha. IN: PEREIRA, Paulo Roberto (org.). **Os três únicos testemunhos do descobrimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999 (1500).

¹²⁸ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p.29.

à escassez de informações da era colonial (números variam de 1.500.000 até 3.600.000 índios)¹²⁹.

No Brasil, como nas demais colônias de Portugal na África, desde o início, o paganismo dos nativos não foi aceito e a religião católica foi apresentada para os índios por intermédio dos jesuítas. Entretanto, o processo de conversão dos habitantes locais ao Catolicismo não foi fácil ou rápido. Aos poucos, uma parte dos índios aceitou a submissão à coroa portuguesa e a conversão ao Catolicismo. Os demais, por não concordarem com a dominação portuguesa fugiram para as regiões de selva (não ocupada pelos colonizadores) e continuaram com as suas crenças e cultos – considerados pagãos pelos portugueses¹³⁰.

Os missionários entendiam que esse trabalho de evangelização só era possível se os índios incorporassem os pensamentos, as ideias e os comportamentos dos europeus. João Camillo de Oliveira Torres¹³¹ menciona que *“os jesuítas não conseguiram converter os índios à religião católica e à cultura clássica: mas facilitaram a mistura de raças(...).”*

No Brasil colônia, a organização da Igreja Católica se deu pelo sistema de padroado, quando em 1549, os primeiros jesuítas chefiados por Manoel da Nóbrega e Tomé de Souza chegaram ao território brasileiro. A coroa Portuguesa possuía o direito de indicar os ocupantes dos cargos eclesiásticos, organizar toda a estrutura da Igreja Católica, e arrecadar e redistribuir os dízimos que eram pagos pelos fiéis à Igreja. Os jesuítas entendiam a importância de manterem boas relações com o Soberano Português, pois era ele o chefe das missões e o financiador de tudo¹³².

O padroado na Terra de Santa Cruz acabou criando uma organização eclesiástica similar a uma estrutura administrativa, que estava a serviço do Estado. O período foi marcado pela interferência estatal nos assuntos religiosos (regalismo). Por

¹²⁹ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 24 e 25.

¹³⁰ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p.36.

¹³¹ TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, Versão e-book., p.23.

¹³² HOORNAERT, Eduardo. “A evangelização do Brasil durante a primeira época colonial”. In: HOORNAERT, Eduardo. et al. (orgs.). **História da Igreja no Brasil – Tomo II/1**. Petrópolis: Vozes; Paulinas, 1983, p. 39.

exemplo, na área civil, o registro paroquial funcionava como registro civil, comprovando e arquivando os nascimentos, casamentos e óbitos. O primeiro governador, Thomé de Souza, editou um regimento em 1548 determinando que no território brasileiro seria disseminada a fé católica.

Os portugueses acreditavam que seus valores e crenças cristãs eram moralmente superiores aos dos índios. Consideravam que os habitantes locais viviam em verdadeira anarquia sexual devido à presença da poligamia. Manoel da Nóbrega teve sucesso na transição da poligamia dos índios para a monogamia dos europeus no Brasil. A princípio, apenas fixou a mais antiga das mulheres como esposa legítima. Paulatinamente, Nóbrega conseguiu transformar o liberalismo sexual dos índios em casamentos cristãos entre índios e europeus, fundando a nova família brasileira¹³³.

A sistemática de colonização portuguesa estava interessada em ocupar o solo brasileiro com desenvolvimento da agricultura e o uso da mão de obra indígena. Houve a divisão dos habitantes locais em dois grupos: os aliados (que se submetiam aos anseios dos colonizadores) e os inimigos (que não aceitaram a submissão). Aqueles que eram amigos do reino Português precisavam se converter à fé católica e os rebeldes deveriam ser dominados e catequisados. A legislação da colônia era subordinada à da metrópole. Os habitantes das colônias deveriam respeitar os Decretos e Alvarás dos Governadores Gerais, que seguiam as normas gerais da metrópole¹³⁴.

O processo de produção de riquezas pelas colônias para a Coroa¹³⁵ contava com a mão de obra escrava, em regra, dos povos colonizados. A princípio, entre 1540 e 1570, a mão de obra utilizada pelos portugueses foi o índio. Porém, encontraram a oposição de muitos nativos que não aceitavam ser escravizados, não se adaptavam ao trabalho nas lavouras, ficavam doentes com o contato com os Portugueses e fugiam para as áreas de florestas. Os Jesuítas se opuseram à

¹³³ TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, Versão e-book, p.24.

¹³⁴ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p.29.

¹³⁵ O processo de produção de riquezas da colônia para coroa significa que o Brasil tinha o papel de fornecer açúcar, tabaco, madeira, a princípio e, depois, ouro e diamante, e ainda algodão e café para os colonizadores. PRADO JUNIÓR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1981, p.54.

escravização do índio pelos colonizadores produtores agrícolas e pressionaram a Coroa Portuguesa a editar leis que proibissem tal fato, o que foi feito em 1570, 1587, 1595 e 1609. Essas leis determinavam que somente no caso de guerra justa os índios poderiam ser escravizados¹³⁶.

Com as limitações à escravização dos índios, começaram a ser utilizados escravos africanos. A Coroa portuguesa justificou a necessidade de escravos negros para as lavouras na Terra de Santa Cruz com o argumento de que eles já estavam adaptados ao trabalho regular agrícola e eram mais submissos. A opção pela escravidão dos negros aparentemente atendia mais aos anseios econômicos da Coroa portuguesa, que lucrava muito com o tráfico negreiro. A metrópole entregava o escravo africano aos produtores agrícolas em troca de vultuosas somas¹³⁷.

Os jesuítas não defenderam os escravos negros da escravidão da mesma forma que fizeram em relação aos índios. A escravidão dos africanos era algo aceitável pelos portugueses e europeus no contexto social do período. Isso porque o sucesso do empreendimento português nas suas colônias no além-mar e sua hegemonia político-econômica no Atlântico Sul significavam a expansão do cristianismo para novas terras¹³⁸.

Os escravos já chegavam batizados ou se batizavam assim que chegavam ao território brasileiro. No entanto, esse era um ato vazio de significado porque eles praticamente não conheciam nada da fé cristã, dos seus valores e crenças. O Brasil é apontado como o segundo maior importador de escravos do mundo (cerca de três milhões e seiscentos mil). Havia mais escravos negros no Brasil do que colonizadores brancos. E isso preocupou os portugueses, que passaram a ver com mais urgência a catequização dos africanos¹³⁹.

As religiões africanas eram politeístas e animistas¹⁴⁰ - baseadas em cultos de tribos locais que tinham divindades, cultos, rituais e crenças próprios. Por outro

¹³⁶ FERLINI, Vera Lúcia. **A civilização do açúcar** (séculos XVI a XVIII). São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 55.

¹³⁷ FERLINI, Vera Lúcia. **A civilização do açúcar** (séculos XVI a XVIII). São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 57.

¹³⁸ FERLINI, Vera Lúcia. **A civilização do açúcar** (séculos XVI a XVIII). São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 58.

¹³⁹ BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975, p.68.

¹⁴⁰ Animista neste texto é entendido como atribuição de alma e vida a coisas e objetos inanimados.

lado, o Catolicismo era uma religião monoteísta, documentada, presente em todos os continentes, com culto e ritos universais, possuidora de um Livro Sagrado que uniformizava as crenças e valores dos cristãos e que tinha um único Deus que se fez homem, Jesus Cristo, para ensinar os indivíduos a salvar as suas almas. Os adeptos do Catolicismo, em geral, acreditavam que sua religião era superior às manifestações religiosas politeístas porque o relacionamento com o seu Deus único exigia abstrações mais sofisticadas de pensamento. Assim, os colonizadores consideravam o Catolicismo uma religião superior tanto às dos índios como às dos escravos africanos e, em ambos os casos, impuseram a religião católica como a oficial da colônia¹⁴¹.

A imposição do Catolicismo como religião oficial da colônia não se devia a um simples sentimento de superioridade do Catolicismo em relação às outras religiões; decorria dos interesses econômicos da metrópole em relação à colônia e do regime de padroado estabelecido entre a Santa Sé e a Coroa Portuguesa. A título de exemplo, verificou-se a preocupação com a conversão dos escravos negros ao Catolicismo nas “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia”, de 1707, que traziam um catecismo especial para eles, no qual era ensinado a entender as diferentes posições dos indivíduos em uma sociedade hierarquizada e que o papel deles era bem servir aos seus senhores, que o trabalho enobrece o homem e agrada a Deus¹⁴².

Já no prólogo das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, a Igreja reconhece a sua submissão ao Império Civil na Terra, embora ela própria, Igreja, pertencesse ao império espiritual celeste. Ao analisar alguns dispositivos dessa Constituição católica a respeito dos procedimentos que os senhores deveriam ter com os seus escravos negros fica claro o comprometimento dos jesuítas e demais representantes da Igreja Católica presentes naquele território com o regime escravocrata. Entretanto, eles começaram a fixar regras para que se estabelecesse um processo de escravização menos violento, com menor uso da força bruta nas

¹⁴¹ SILVA, Vagner Gonçalves da. **Candomblé e umbanda – caminhos da devoção brasileira**. 1º ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 149.

¹⁴² BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975, p.188.

punições físicas e maior uso do discurso ideológico de que é uma honra e nobre a atitude do escravo servir ao seu Senhor¹⁴³.

No período colonial, o Catolicismo acabou prevalecendo em relação às religiões africanas, mas estas não se extinguiram. Houve certa negligência em relação à catequização, afrouxamento do ensino e da cobrança da prática do Catolicismo. Para os colonizadores e os padres, bastava que os colonos manifestassem um Catolicismo de fachada (serem batizados, adotarem nome cristão e casamentos) para serem considerados católicos. Os religiosos e os senhores de engenho ignoravam os desvios do Catolicismo praticados pelos escravos negros – houve tolerância aos cultos e ritos originários da África praticados pelos escravos e, com isso, as religiões africanas subsistiram^{144 145}.

Deve ser ressaltada a dificuldade de se encontrar fontes documentais sobre surgimento, existência e práticas de religiões africanas no Brasil. Isso porque as histórias das religiões afro brasileiras, em geral, são encontradas em recortes de jornais da época, que traziam muitas vezes notícias incompletas¹⁴⁶.

E, ainda, o que torna o estudo da origem das religiões afro brasileiras mais complexo é o fato de que diversas culturas africanas chegaram à Terra de Santa Cruz. Isso ocorreu porque os escravos vieram de várias localidades da África e cada região tinha seus próprios cultos, rituais e crenças. Entretanto, constatou-se que houve a

¹⁴³ VIDE, Dom Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. (Impressas em Lisboa no ano de 1719, e em Coimbra em 1720). São Paulo: Typographia 2 de Dezembro, 1853. Disponível em www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291. Acesso em 18 jan. 2022.

¹⁴⁴ A subsistência das religiões africanas se deve aos fortes laços que os povos africanos possuíam com seus cultos religiosos. Na organização das tribos africanas a religião exercia um papel fundamental sendo considerada como a base de valores e crenças que sustentavam o modo de viver daquele povo. BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975, p.86.

¹⁴⁵ BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975, p.71

¹⁴⁶ BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975, p.38.

prevalência de duas etnias¹⁴⁷ de escravos africanos no território brasileiro: sudaneses¹⁴⁸ e bantos^{149 150}.

As múltiplas nacionalidades africanas, inclusive os bantos e sudaneses, possuem um ponto em comum que é a escravidão¹⁵¹. A preocupação principal desses povos ao chegaram ao Brasil era a sua sobrevivência da melhor forma possível. Neste contexto, o calundu, posteriormente candomblé, pode ser visto como uma forma que eles possuíam para enfrentar os infortúnios advindos da escravidão¹⁵².

Nas próprias senzalas surgiu a primeira manifestação religiosa afro brasileira: o Calundu¹⁵³ – que possuía cultos cantados, ritmados pelo batuque, dançantes, que levavam o sacerdote do culto¹⁵⁴ ao transe e, com isso, ele viajava mentalmente à África e trazia de lá respostas às indagações dos participantes do culto e a cura para as doenças que porventura existissem. Os calundus lançavam mão de

¹⁴⁷ Etnia pode ser entendido como grupo que possui origens e cultura comuns.

¹⁴⁸ Sudaneses: (iorubas ou nagôs, jejes e outros) são originários da África ocidental (nigéria, benin e togo), ingressaram na Terra de Santa Cruz do século XVII até a primeira metade do século XIX e foram alocados para a lavoura canieira da Bahia e Pernambuco. NASCIMENTO, Alessandra Amaral Soares. Candomblé e umbanda práticas religiosas da identidade negra no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção – RBSE**, 9 (27): 923 a 944. ISSN: 1676-8965, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>. Acesso em 24 jan 2022.

¹⁴⁹ Bantos: (angolas, bengalas e outros) são originários das regiões que atualmente estão os países de Angola, Congo e Moçambique, entraram no país dos fins do século XVI até XIX, encaminhados para Minas Gerais e Goiás. Influenciaram significativamente a cultura brasileira com: música, idioma, culinária e paladar e na religiosidade. NASCIMENTO, Alessandra Amaral Soares. Candomblé e umbanda práticas religiosas da identidade negra no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção – RBSE**, 9 (27): 923 a 944. ISSN: 1676-8965, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>. Acesso em 24 jan 2022.

¹⁵⁰ DAIBERT JR., Robert. A religião dos Bantos: novas leituras sobre o calundu no Brasil colonial. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v.28, n.55, p.7-25, jan/jun, 2015, p. 21.

¹⁵¹ De acordo com Mintz & Price: "os africanos que chegam ao novo mundo não compuseram grupos logo de saída. Na verdade, na maioria dos casos, talvez fosse até mais fácil vê-los como multidões, aliás muito heterogêneas (...). O que os escravos compartilhavam no começo, inegavelmente, era sua escravização (...). MINTZ, Sidney; PRICE, Richard. **O nascimento da cultura afro-americana: uma perspectiva antropológica**. Rio de Janeiro: Pallas editora e universidade Cândido Mendes, 2003, p.37.

¹⁵² MINTZ, Sidney; PRICE, Richard. **O nascimento da cultura afro-americana: uma perspectiva antropológica**. Rio de Janeiro: Pallas editora e universidade Cândido Mendes, 2003, p.37-38.

¹⁵³ Calundu, termo de origem dos povos africanos Bantos, representava uma dança coletiva acompanhada de instrumentos de percussão e cantos que tinha o objetivo de invocar os espíritos que eram incorporados nos guias espirituais das tribos e promoviam sessões de adivinhações e cura mágicas. DAIBERT JR., Robert. A religião dos Bantos: novas leituras sobre o calundu no Brasil colonial. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v.28, n.55, p.7-25, jan/jun, 2015, p.22.

¹⁵⁴ O Sacerdote do culto Calundu, incorporava a entidade, que no Brasil, ficou conhecida como pai ou mãe de santo – uma nítida influência do catolicismo no culto Calundu.

sacrifícios de animais, o sangue era utilizado para invocação e a carne era oferecida aos antepassados¹⁵⁵.

As religiões afro brasileiras, desde a origem, são marcadas pelo sincretismo¹⁵⁶, pois os africanos fizeram as adaptações que eram possíveis dentro dos limites estabelecidos pelo Catolicismo português. Houve a associação entre os orixás e os santos católicos (culto aos santos negros). Especificamente, em relação ao calundu, foram incorporados aspectos do Catolicismo aos seus ritos, sendo que, posteriormente, se transformou no candomblé e outras manifestações religiosas afro brasileiras¹⁵⁷.

Nos centros urbanos, os africanos contaram com o auxílio inconsciente do clero, que anuiu com a criação das confrarias negras. Nestas, ocorriam práticas religiosas que possibilitaram a reconstrução de valores religiosos e sociais provenientes das tribos africanas, pois eram locais onde os negros se sentiam seguros e apoiados para serem eles mesmos e também onde prestavam auxílio uns aos outros. Seja nas confrarias negras, seja na área rural, a manifestação religiosa possibilitou o resgate e a preservação da cultura, notadamente dos povos Bantos e Sudaneses¹⁵⁸.

As principais religiões de matriz africana que se fizeram presentes no País possuem influência Sudanesa (as divindades eram os Orixás) e os bantos (cultuavam os Inquice). São consideradas brasileiras: Candomblé de Angola (BA, RJ, SP); Candomblé de caboclo (BA); Cabula (ES); Macumba (RJ e SP); Umbanda (Brasil). Decorrente de matriz dos povos sudaneses: Candomblé queto (BA, RJ, SP); Xangô (PE); Batuque (RS); Candomblé jeje (BA); Tambor de mina (MA; PA); Babassuê (PA).

¹⁵⁵ DAIBERT JR., Robert. A religião dos Bantos: novas leituras sobre o calundu no Brasil colonial. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v.28, n.55, p.7-25, jan/jun., 2015: "Em suma, o esquema recorrente era baseado nos seguintes passos: invocação (com o auxílio dos cantos e toques de instrumentos executados pelos auxiliares do oficiante), possessão do oficiante (seguida de oferendas de comidas e bebidas ao espírito incorporado), adivinhação (dos males físicos ou espirituais que afligiam os presentes) e cura (prometida por meio da ingestão de preparos de ervas e raízes) [...]. Nos casos de calundus em que eram sacrificados animais, o sangue era usado durante a invocação e a carne era utilizada como oferenda aos antepassados".

¹⁵⁶ Sincretismo para este estudo é entendido como a combinação de elementos de sistemas religiosos.

¹⁵⁷ DAIBERT JR., Robert. A religião dos Bantos: novas leituras sobre o calundu no Brasil colonial. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v.28, n.55, p.7-25, jan/jun, 2015, p.23.

¹⁵⁸ BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975, p.192

De raiz dos povos bantos: Pajelança (AM, PA e MA); Catimbó (PE e PB); Xambá (Al, PB, PE); Toré (SE)¹⁵⁹.

As formas de manifestação das religiões de matriz africana, apesar das peculiaridades de cada uma, apresentam quatro características comuns: a possessão pela divindade, o caráter pessoal da divindade, a consulta ao oráculo e a homenagem ao mensageiro celestial que transmite aos Deuses os desejos e necessidades dos humanos (“despacho” para Exu)¹⁶⁰.

Nesse contexto, as religiões afro brasileiras que se destacaram no Brasil foram o candomblé e a umbanda. O candomblé tem como característica marcante o animismo, uma vez que postula que todas as coisas (animais, plantas, objetos inanimados e fenômenos naturais) possuem a “anima” (alma) que conecta uns com os outros. A crença, trazida das tribos africanas, é que essas almas, presentes em todas as coisas, estão presentes no mundo espiritual e o mundo material. Presentes na Terra, essas almas (ou espíritos) se envolvem em assuntos humanos¹⁶¹. O candomblé, que surgiu no Brasil no século XIX, tem como matriz os calundus do século XVIII e pratica o culto em homenagem às divindades africanas conhecidas como Orixás (poderia ser culto aos voduns, inquices dependendo da origem africana daquela nação do candomblé). Ressalta-se que o candomblé não é um único culto religioso, mas engloba diversas vertentes, com seus locais de culto próprios, agrupados em Nações¹⁶².

Na medida do possível, houve uma preservação dos cultos, ritos, crenças e valores africanos pelos praticantes do candomblé no território brasileiro. Desde os calundus, existiu a necessidade dos escravos de preservar a memória da religião e da cultura de sua terra natal (a conversão ao Catolicismo era fachada) – e o candomblé tem o calundu como matriz religiosa. No candomblé há músicas, danças, instrumentos de percussão que eram usados para que houvesse o ambiente propício para que a divindade pessoal (filho(a) de santo) se incorporasse no pai ou mãe de

¹⁵⁹ SILVA, Vagner Gonçalves da. **Candomblé e umbanda – caminhos da devoção brasileira**. 1º ed. São Paulo: Ática, 1994, 149 p.

¹⁶⁰ CARNEIRO. Edison. **Candomblés da Bahia**. Rio de Janeiro: ed. Ouro, 1959.

¹⁶¹ NASCIMENTO, Alessandra Amaral Soares. Candomblé e umbanda práticas religiosas da identidade negra no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção – RBSE**, 9 (27): 923 a 944. ISSN: 1676-8965, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>. Acesso em 24 jan 2022, p.933.

¹⁶² SOUZA, Marina de Mello e. **África e Brasil africano**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2007.

santo, ocorria a consulta ao oráculo (praticantes pediam auxílio aos espíritos para resolver seus problemas particulares) e entrega de oferenda aos orixás como homenagem e agradecimento.

Não há consenso entre os estudiosos das religiões afro brasileiras a respeito da origem da umbanda. Alguns estudiosos entendem que ela surgiu oficialmente no Rio de Janeiro - em 1908, a partir da experiência mediúnica de Zélio Fernandino de Moraes. O referido médium recebia a incorporação do Caboclo Sete Encruzilhadas, que transmitia os preceitos essenciais da religião (caridade, Jesus como mestre maior, atendimento gratuito e trajes brancos) (ISAIA, 2014, p.187)¹⁶³. Por outro lado, outros estudiosos do tema falam em mito do surgimento da umbanda e consideram a experiência mediúnica de Zélio de Moraes apenas uma história conveniente para explicar uma religião com referências africanas praticada pela classe média branca¹⁶⁴.

A umbanda surgiu no contexto histórico em que os intelectuais brasileiros foram influenciados pelo cientificismo europeu, pela transição da monarquia à república e pela abolição da escravidão. Assim, é uma religião que sintetiza elementos de origens africanas (macumba e candomblé), indígenas (caboclos ameríngios), do catolicismo (santos católicos) e do kadercismo (cientificismo europeu)¹⁶⁵.

O rito da umbanda também apresenta as quatro características essenciais das religiões afro brasileiras: músicas, instrumentos de percussão, danças e a incorporação de uma entidade espiritual (pode ser preto velho ou caboclo) no médium, consulta de adivinhação aos pretos velhos ou caboclos – os praticantes contavam seus problemas e pediam orientação e intercessão dos seres espirituais. As oferendas consistem em rosas, perfumes, comidas, velas, fumos e bebidas. Na maioria das vertentes da umbanda não se faz sacrifício de animais como oferenda às entidades espirituais.

¹⁶³ ISAIA, Artur Cesar. **Brasil: três projetos de identidade religiosa**. Organizadores: RODRIGUES, CC; LUCA, TR; e GUIMARÃES, V. Identidades brasileiras: composições e recomposições. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, pp175-202.

¹⁶⁴ SÁ JR, Mário Teixeira. **A invenção do Brasil no mito fundador da umbanda**. Revista Eletrônica História em Reflexão: Vol.6 n.11- UFGD – Dourados jan/jun 2012. Artigo. Disponível em <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/1892>. Acesso em 28 jan. 2022.

¹⁶⁵ SÁ JR, Mário Teixeira. **A invenção do Brasil no mito fundador da umbanda**. Revista Eletrônica História em Reflexão: Vol.6 n.11- UFGD – Dourados jan/jun 2012. Artigo. Disponível em <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/1892>. Acesso em 28 jan. 2022.

Assim, o candomblé e a umbanda são religiões que possibilitaram a preservação e a disseminação de aspectos culturais de origem africana no Brasil. O candomblé resguardou a essência de religiões africanas: tribal, familiar, anímica, totemista em seus ritos, cultos e crenças – sendo considerada uma forma de preservação da cultura dos escravos negros no território brasileiro. Já a umbanda, mais contemporânea, estruturada pela ação inicial da classe média branca e, posteriormente, pelos afrodescendentes, que almejavam criar uma identidade para o Brasil fundando uma religião brasileira com referências africanas, indígenas e europeias.

O espiritismo Kardecista foi introduzido no Brasil por Teles de Menezes e o grupo baiano de espíritas. Posteriormente, o kardecismo desenvolveu-se e prosperou no Rio de Janeiro. Os intelectuais adeptos do espiritismo de Kardec sentiram que era preciso disseminar a doutrina e fazê-la chegar a todo o povo brasileiro. Para tanto, Antônio Elias, em 1883, lançou a revista espírita “O Reformador” e fundou a Federação Espírita Brasileira. Mas o grande responsável pela construção de uma base sólida da doutrina no território brasileiro foi o Dr. Bezerra de Menezes com a orientação pelo Evangelho segundo o espiritismo¹⁶⁶.

O espiritismo de Kardec é uma doutrina fundada em três aspectos: ciência, filosofia e religião. Allan Kardec buscava reunir a religião e a ciência porque para ele a verdadeira religião é aquela que se baseia na razão científica. Essa proposta atraiu os intelectuais franceses que se tornaram discípulos de Kardec e adeptos dos círculos acadêmicos de diversos países, entre eles do Brasil. A religião proliferou nos centros urbanos, notadamente entre a elite acadêmica brasileira.

O protestantismo foi apresentado à população que vivia no Brasil na época colonial por Heliodoro Heoboano, que chegou a São Vicente em 1532. Posteriormente, 1562, os navios franceses comandados por Villegagnon chegaram à Guanabara. No período em que ficaram na Guanabara, os franceses começaram a efetivar o projeto da França Antártica (pequena colônia francesa protestante no Brasil). Os franceses ficaram na Guanabara até 1567, quando foram expulsos por

¹⁶⁶ FERNANDES, Paulo César da Conceição. **As origens do Espiritismo no Brasil: Razão, Cultura e Resistência no Início de uma Experiência (1850-1914)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. 2008. 139 p.

Mem de Sá. Essa experiência inicial do protestantismo no Brasil não foi suficiente para disseminar a religião pelo território brasileiro¹⁶⁷.

A institucionalização do protestantismo no Brasil ocorreu no século XVII, quando os holandeses, em sua maioria calvinistas, dominaram parte do Nordeste (porção de terras que vai do Ceará ao Rio São Francisco). O primeiro culto da Igreja Cristã Reformada ocorreu em Olinda em 1630. Os protestantes desenvolverem sua própria catequese e assim procuravam ensinar sua fé aos habitantes locais. Oficialmente, a liberdade de culto só foi possível a partir da Constituição de 1824, que incentivou a imigração inglesa e alemã. Os protestantes que vieram para o território brasileiro nesse período são conhecidos como protestantes históricos¹⁶⁸.

O judaísmo foi introduzido no Brasil na segunda metade do século XVI por judeus que fugiam das perseguições na Europa. Nessa época, o Catolicismo era a religião oficial do Brasil. Procurando não entrar em conflito com a administração local, os judeus tornaram-se adeptos do cristianismo e se converteram ao catolicismo – sendo denominados cristãos novos¹⁶⁹. Na prática, havia denúncias aos inquisidores que o Catolicismo de muitos dos cristãos novos era apenas de fachada e que eles, na verdade, preservavam os ritos, cultos e fé do Judaísmo.

No Brasil colônia, os judeus tiveram um pequeno lapso de tempo de liberdade para as práticas religiosas judaicas, entre 1630 e 1654, momento em que ocorreu a invasão holandesa. Havia uma relação comercial e amistosa entre os holandeses calvinistas da Companhia das Índias ocidentais e os judeus. Nessa época, muitos judeus que eram grandes comerciantes ou traficantes de escravos se estabeleceram em Pernambuco. Entretanto, só houve a liberdade religiosa com a Constituição do Império em 1824. O fluxo imigratório judaico aumentou significativamente após a Constituição de 1824¹⁷⁰.

¹⁶⁷ THEVET, André. **As Singularidades da França Antártica**. Belo Horizonte: Itatiaia / São Paulo: EdUSP 1978.

¹⁶⁸ Os protestantes históricos são aqueles que defendem o protestantismo surgido na Europa no período da reforma protestante de Martinho Lutero no século XVI.

¹⁶⁹ Os cristãos novos eram formados por senhores de engenho da Bahia e os senhores de engenho, traficantes de escravos e grandes comerciantes de Pernambuco – isso nos fins do século XVI e meados do Século XVII. GRINBERG, Keila. **Nova língua interior: os judeus no Brasil**. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/judeus.html>. Acesso em 01 fev. 2022.

¹⁷⁰ As origens dos imigrantes judeus no Brasil eram: judeus marroquinos que se fixaram nos Estados do Pernambuco, Bahia e Amazônia; judeus do Leste europeu que fugiam de ataques antisemitas do czar russo, em 1881; em 1920/1930 nova leva de judeus fugindo do antisemitismo da Turquia, Grécia e Rodes;

Os judeus se integraram à sociedade brasileira, desenvolvendo atividade econômica comercial, fundaram escolas, bibliotecas, jornais e associações de ajuda mútua – o intuito era preservar a cultura judaica. O último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010, aponta que havia no País 107.329 judeus.¹⁷¹

No Brasil são chamados de evangélicos tanto as organizações religiosas dos protestantes históricos (Luterana, Presbiteriana, Batista e outras) quanto as pentecostais (Igreja Universal do Reino de Deus, Assembleia de Deus, Congregação Cristã do Brasil e outras)¹⁷².

A religião pentecostal pode ser classificada como uma organização religiosa derivada do Protestantismo Histórico. Os pentecostais divergem dos protestantes históricos principalmente pela crença na presença dos dons do Espírito Santo nos tempos atuais, tais como: dom da cura; de falar em línguas; discernimento dos espíritos; expulsão de demônios, bênçãos e realizações de milagres. O marco inicial das igrejas pentecostais no Brasil é a vinda da Congregação Cristã do Brasil divulgada por Luigi Francescon, em 1910. No mesmo ano, Daniel Berg e Gunnar Vingren fundam a Assembleia de Deus no Pará. Posteriormente, nos anos 50 e 70, houve novos focos de desenvolvimento da religião pentecostal no Brasil¹⁷³.

A pioneira entre as Testemunhas de Jeová no Brasil foi Sarah Bellona Ferguson, que desde 1889 era leitora da revista *Watchtower*. Em 1918, os trabalhadores do navio brasileiro ancorado em Nova Iorque nos Estados Unidos da América mantiveram, por dois anos, encontros de estudos bíblicos com os chamados “estudantes da bíblia”. Quando retornaram ao Brasil, os tripulantes disseminaram o que haviam aprendido e conseguiram obter assinaturas para a revista *Watchtower* em espanhol. Em pouco tempo o número de assinaturas da revista no Brasil era significativo e, por isso, um dos líderes das Testemunhas de Jeová, Joseph

em 1930/33 imigração significativa de judeus alemães fugindo do nazismo. GRINBERG, Keila. **Nova língua interior: os judeus no Brasil**. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/judeus.html>. Acesso em 01 fev. 2022.

¹⁷¹ BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107?detalhes=true>. Acesso em 20 jan. 2022.

¹⁷² MARIANO, Ricardo; PIERUCCI, Antônio Flávio. **O envolvimento dos pentecostais nas eleições de Collor**. Novos Estudos Cebrap, 34, 1992, p. 92-106.

¹⁷³ ROLIM, Francisco Catarxo. **Pentecostais no Brasil – Uma Interpretação Sócio-Religiosa**. Petrópolis, Vozes, 1985.

Rutherford, resolveu enviar ao Rio de Janeiro o missionário George Young, que chegou em 1922 e passou a fazer as primeiras assembleias e os primeiros batismos. Posteriormente, foi estabelecida a Sociedade Torre de Vigia¹⁷⁴.

As Testemunhas de Jeová acreditam em um Deus único, Jeová, e que a Bíblia é a mensagem inspirada por Deus para os homens. A fidelidade aos 66 livros da Bíblia Sagrada (antigo e novo testamento) para eles é fundamental para a salvação das almas. Assim, entendem que ser fiel ao texto sagrado é vivê-lo nos tempos atuais exatamente como foi escrito e não dar margem a adaptações interpretativas e temporais. A essência da fé deles é seguir os ensinamentos do seu salvador e filho de Deus Jesus Cristo¹⁷⁵. O reino de Deus é um governo real nos céus e Jesus Cristo é o Rei no reino de Deus. O sacrifício de Jesus Cristo na cruz limpou os seres humanos dos seus pecados e salvou a alma das pessoas da morte. Para ter a alma lavada pelo sangue de Jesus Cristo e salva a pessoa precisa ter fé em Jesus, afastar os atos pecaminosos de suas vidas, mudar o seu modo de viver colocando Jeová como prioridade e ser batizada.

Atualmente, as Testemunhas de Jeová possuem 1.393.208 de adeptos no Brasil, o que corresponde a 0,73% da população brasileira. Trata-se da quarta maior religião presente no Brasil considerando o número de adeptos como parâmetro.

3.3. AS PRINCIPAIS RELIGIÕES PRESENTES NA ESPANHA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Espanha, país com uma história rica, marcado por guerras e significativos confrontos nas esferas política, religiosa, social e econômica. A identidade do povo espanhol foi construída sobre três pilares: Catolicismo patriótico, reconquista do país e expansão do território¹⁷⁶.

¹⁷⁴ CASTRO, Eduardo Góes de. **A torre sob vigia: as testemunhas de jeová em São Paulo (1930-1954)**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em história social do departamento de história da faculdade de filosofia, letras e ciências humanas da Universidade de São Paulo. Orientadora: Dra. Maria Luiza Tucci Carneiro. São Paulo, 2007, 173p.

¹⁷⁵ As testemunhas de Jeová afirmam que a Bíblia diz claramente que Jesus Cristo não é o Deus todo poderoso. João 14:28

¹⁷⁶ PAYNE, Stanley G., **El catolicismo español**, Barcelona, Editorial Planeta, 2006.

A cultura dos espanhóis, notadamente dos mais idosos, é dotada de forte influência do Catolicismo. A luta do povo espanhol para expulsar os árabes islâmicos do país acabou se transformando em uma guerra do Catolicismo contra o Islamismo. A união do povo para reconquistar o seu território gerou um elo forte entre a política e a religião – que foi fundamental para unificar os reinos espanhóis no seu território na península ibérica. A unificação dos reinos, em 1492, foi realizada pelos reis católicos Fernando e Isabel e foi determinante para o sucesso da expansão ultramarina espanhola que conquistou diversas colônias na África, na América e na Ásia.

Da crise no império espanhol acabou decorrendo a separação entre a religião e a política. A esquerda espanhola, que era composta por anarquistas, socialistas e comunistas, pregava o anticlericalismo¹⁷⁷ e o ateísmo¹⁷⁸. Os anarquistas, especificamente, consideravam que o Catolicismo deveria ser combatido por constituir um forte obstáculo à construção de uma sociedade libertária. Durante a segunda proclamação da república, de 1931 até 1936, a esquerda assumiu o poder e trabalhou para promover a separação do Estado e da Igreja e limitar muito a influência religiosa no Estado e na sociedade da Espanha. Nesse período, a Espanha deixa de ter o Catolicismo como religião oficial e a Igreja Católica e o Estado se separaram, adotou-se o laicismo¹⁷⁹.

Observa-se que a esquerda ao assumir o governo optou por afastar do poder os que até então estavam governando a Espanha política e economicamente. Assim, os aristocratas, os representantes da Igreja Católica e os monarcas espanhóis perderam o poder e a influência na gestão do Estado e passaram a não apoiar esse

¹⁷⁷ Anticlericalismo religioso é um movimento histórico marcado pela hostilidade em relação ao mundo clerical, pelo fato do Clero ter influência política e social. Condenava, especialmente, a influência dominante da igreja católica na política e nos comportamentos sociais e criticava a hierarquia católica. Na Espanha surgiu, por volta de 1830, teve momentos em que o anticlericalismo foi intenso e em outros mais brando.

¹⁷⁸ Ateísmo: “*doutrina que nega veementemente a existência de Deus, recusando toda afirmação e/ou sentimento que se baseiam direta ou indiretamente na fé, geralmente, adeptos do ateísmo buscam explicações materialistas e científicas para questões como a criação do universo e da humanidade.*” Dicionário online de Português. Endereço eletrônico: <http://www.dicio.com.br/ateismo/>. Acesso em 4 fev. 2022.

¹⁷⁹ Laicidade anticlerical acontece quando o Estado e setores da sociedade afastam as Instituições Religiosas de qualquer possibilidade de participarem e influenciarem no debate público, na elaboração de normas, na política e ditar os comportamentos sociais com base nas crenças de uma dada denominação religiosa. SILVA. Luís Gustavo Teixeira da. **Laicidade do Estado: dimensões analítico-conceituais e suas estruturas normativas de funcionamento** (artigo). Revista Sociologias, ano 21, n.51, maio-ago 2019, p.278-304. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215113>. Acesso em 04 fev. 2022.

novo governo. A relação conflituosa entre os anarquistas, socialistas e comunistas e os aristocratas, bispos e Reis é um dos fatores que contribuíram para deflagração da guerra civil espanhola¹⁸⁰.

Em 1939, a guerra terminou e a Monarquia foi restabelecida e o General Franco assumiu a regência com apoio das forças armadas, da Igreja Católica, da aristocracia rural e dos comerciantes. O Catolicismo voltou a ser a religião oficial da Espanha e todos os privilégios da Igreja Católica foram restabelecidos. E assim permaneceu até a promulgação da Constituição Espanhola de 1978 – na qual a Igreja Católica deixa de ser a religião oficial do Estado Espanhol e foi garantida a liberdade religiosa e de culto. Esse é o estado de coisas na atualidade. A Espanha é um país laico e a secularização tem estado cada vez mais presente na sociedade espanhola.

Constata-se que na Espanha ocorreu tanto o processo de laicização do Estado como o da secularização da sua sociedade. Entre os diversos entendimentos a respeito do que se entende por laicidade e secularização, foram adotados para esta tese os seguintes: a laicidade possui natureza normativa e se refere à neutralidade do Estado, à não influência das religiões na política ou na ordem social e a promoção no âmbito Estatal da liberdade de consciência e de crença. Por outro lado, a secularização aborda fatos e comportamentos sociais observáveis que denotam a perda da importância da religião na estruturas sociais, na construção das crenças e valores dos membros de uma dada sociedade¹⁸¹.

A secularização da sociedade espanhola, assim como em toda sociedade ocidental, tem forte influência do Iluminismo. O ser humano da era moderna valorizou o conhecimento humano que adveio da revolução científica (século XVII) e rompeu com a concepção medieval de explicações religiosas para os fenômenos da natureza. A partir de então, o pensamento científico experimental e o método cartesiano se sobrepõem às explicações metafísicas e sobrenaturais. Ocorreu uma substituição do paradigma teocêntrico pelo antropocêntrico - Deus deixa de ser o eixo da vida dos homens ocidentais, que passam a adotar a ciência e as explicações humanas como novo eixo. Nesse sentido: *“Os cristãos ocidentais estavam viciados em prova científica*

¹⁸⁰ PAYNE, Stanley G., *El catolicismo español*, Barcelona, Editorial Planeta, 2006.

¹⁸¹ SILVA. Luís Gustavo Teixeira da. **Laicidade do Estado: dimensões analítico-conceituais e suas estruturas normativas de funcionamento** (artigo). Revista Sociologias, ano 21, n.51, maio-ago 2019, p.278-304. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215113>. Acesso em 04 fev. 2022.

*e convencidos de que, se Deus não era um fato empiricamente demonstrável, a religião não podia ser verdadeira em nenhum sentido*¹⁸².

A ciência passou a ser o critério para se definir as verdades e substituiu a religião como normatizadora do social. O homem moderno, a princípio, acreditava que a ciência seria capaz de explicar todos os fatos, fenômenos e eventos do mundo que o cerca. Embora a importância da ciência para o desenvolvimento da sociedade moderna seja inquestionável, ela não foi capaz de munir os ocidentais de todas as explicações que almejavam. Nesse sentido, Max Weber afirmou que o desenvolvimento do pensamento científico e da teoria mecanicista e a racionalização do homem acabaria por substituir a religião no seu papel de explicação da realidade do mundo material¹⁸³.

A nova forma de pensar do homem ocidental influenciou os espanhóis. Miguel de Unamuno ressalta que a Espanha é um país que se caracteriza por ser um grupo de povos com identidade própria, sendo que tal identidade foi construída pelos pontos comuns que esses povos possuíam, notadamente, a religião católica.

*Pues sí, soy español, español de nacimiento, de educación, de cuerpo, de espíritu, de lengua y hasta de profesión y oficio; español sobre todo y ante todo, y el españolismo es mi religión, y el cielo en que quiero creer es una España celestial y eterna y mi Dios un Dios español, el de Nuestro Señor Don Quijote, un Dios que piensa en español y en español dijo: ¡sea la luz!, y su verbo fue verbo español*¹⁸⁴.

Atualmente, o Catolicismo é a religião com maior número de adeptos na Espanha – 64,8% da população se autodeclarou católica. No país, de acordo com dados do Observatório do Pluralismo religioso na Espanha¹⁸⁵, além da católica estão presentes as seguintes religiões: protestante (1,96% da população); muçulmana

¹⁸² ARMSTRONG. Karen. **Em defesa de Deus**: o que a religião realmente significa. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

¹⁸³ WEBER. Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

¹⁸⁴ UNAMUNO. Miguel. **Niebla**. 1914. Domínio público. 101 páginas. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000082.pdf>. Acesso em 07 fev. 2022, p. 91.

¹⁸⁵ O Observatório do Pluralismo Religioso da Espanha foi criado em 2011. Encontra-se vinculado ao Ministério da Justiça do Governo da Espanha. Seu objetivo foi criar e manter atualizado um conjunto de informações relativas à presença de denominações religiosas no país. Para maiores informações, pode-se acessar o sítio eletrônico: <http://www.observatorioreligion.es/>

(1,50%); ortodoxa (1,10%); budista (0,35%); testemunhas de Jeová (0,35%); cristãos (0,29%); outras (0,12%); não responderam (0,92%). E, ainda, cabe destacar que 28,62% da população espanhola declarou que não professa nenhuma religião¹⁸⁶.

Interessante observar que dois grupos que se destacam, somando 93,42% dos espanhóis: os católicos (64,8%) e os que não professam religião alguma (28,62%). Os adeptos de todas as outras religiões existentes na Espanha totalizam 6,58% da população do país. Tomando por base essa distribuição das religiões na Espanha optou-se por focar o presente texto nos dois grupos principais: católicos e aqueles que não professam nenhuma religião.

Apesar de ser maioria, 64,8% da população do país, há um número expressivo de católicos não praticantes. A frequência às celebrações religiosas católicas tem caído vertiginosamente nos últimos anos. E, além disso, praticar na vida cotidiana os ensinamentos da doutrina católica não parece mais ser prioridade para boa parte dos católicos, notadamente os mais jovens. Tal fenômeno pode ter como explicação a não adequação da doutrina da Igreja Católica às mudanças sociais.

Interessante observar que entre as pessoas com idade entre 18 e 29 anos o número de indivíduos que afirmaram não professar religião alguma sobe para 47,73% e a quantidade de adeptos do Catolicismo cai para 44,81%. Uma possível explicação para tal fato talvez seja que os jovens espanhóis associam a religião ao Catolicismo tradicional que, para eles, limita a liberdade e campo de ação deles na sociedade. Por exemplo, questionam a vedação ao uso de métodos contraceptivos, a oposição da Igreja ao aborto e a vedação ao casamento entre homossexuais. E ainda, não concordam com questões essenciais para o Catolicismo tais como a existência de satanás, do inferno, do céu e a possibilidade de salvação que foi concedida a toda a humanidade pela morte de Jesus Cristo na cruz. Assim, nota-se que não foi construído o laço afetivo que une o fiel à Igreja Católica – há um sentimento de indiferença religiosa¹⁸⁷.

A Espanha, que não adota mais o Catolicismo como religião oficial e acolhe o pluralismo religioso, tornou a adesão do indivíduo a qualquer forma de manifestação religiosa facultativa (pertencer a determinada religião não traz qualquer vantagem

¹⁸⁶ Observatório do Pluralismo Religioso, endereço eletrônico: <http://www.observatorioreligion.es/>. Acesso em 4 fev. 2022.

¹⁸⁷ PAYNE, Stanley G., *El catolicismo español*, Barcelona, Editorial Planeta, 2006.

social para a pessoa). De tal forma que a convicção pessoal passa a ser fundamental para que haja adesão a determinada religião.

Os valores e as crenças da maioria dos espanhóis com idade entre 18 e 29 anos não são os mesmos dos seus pais e avós. O sentimento de pertencimento à religião católica dos ancestrais tem gradativamente se transformado em desafeição religiosa. Esse sentimento de desafeição possui três dimensões: psicossocial, que aborda o laço afetivo que une o fiel à instituição religiosa; teologal, que trata da fé que une o adepto a sua religião; prática, que se refere à adesão dos membros da instituição religiosa às normas e orientações da igreja para vida cotidiana¹⁸⁸.

Em relação à dimensão psicossocial, é possível perceber que o laço afetivo que une o fiel à instituição é preenchido por seus relacionamentos com as pessoas que representam a igreja e seus familiares ou pessoas próximas que são seus referenciais de vida. Quando a própria família não segue, fielmente, os dogmas e práticas do Catolicismo e a moral católica é contrária ao modo de vida da pessoa, o sentimento de desafeição surge.

No que tange a dimensão teologal, é preciso haver sintonia entre a fé pessoal e a fé professada pela igreja. Por exemplo: a igreja ensina que ela possui um papel de mediação sacramental para a salvação eterna e muitos fiéis não acreditam em mediadores – possuem fé que Jesus Cristo já morreu na cruz pelos pecados de todos e basta ter um relacionamento direto com Jesus Cristo para ser salvo.

A desafeição religiosa pela dimensão prática ocorre quando há o afastamento das práticas rituais, cultos e missas que ligam os fiéis à igreja. Por exemplo: a igreja afirma que para ser salvo é preciso participar das missas e os fiéis não concordam com esse dogma católico. A não congruência entre a profissão oficial da igreja e a fé vivida no cotidiano pelos fiéis acaba gerando a desafeição religiosa.

O aumento do número de pessoas que não professam religião alguma na Espanha parece resultar da união de diversos fatores como influência do Iluminismo, antropocentrismo, cientificismo, materialismo, darwinismo laicismo, secularismo e desafeição religiosa. O progresso técnico da humanidade, o desenvolvimento da rede mundial de computadores e a globalização acabam fortalecendo o processo de

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Pedro Assis Ribeiro de. **Pertença/desafeição religiosa: recuperando um antigo conceito para entender o catolicismo hoje**. Horizonte, v. 10, n. 28, p. 1230-1254, out.-dez. 2012. Disponível em <https://bit.ly/2KhSajq> Acesso em 02 fev. 2022.

secularização que atinge diversas áreas da vida das pessoas, tais como família, comunidade e vida em sociedade.

3.4 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM DIREITO

Desde tempos imemoriais, o fenômeno religioso se faz presente na vida do homem: “*the history of man is inseparable from the history of religion*”¹⁸⁹. Nas comunidades primitivas, as pessoas manifestavam a sua religiosidade por meio do culto aos elementos naturais, tais como as águas, as chuvas, os ventos, o sol, a lua, os mares, as florestas, os animais, entre outros. O homem sacraliza a natureza por depender dos suprimentos dela e temer os seus fenômenos – na época inexplicáveis. A dimensão interna do fenômeno religioso se faz presente no conceito de vida e nas crenças necessárias à sobrevivência que cada indivíduo possuía e a dimensão externa se manifesta em cada comunidade nas suas crenças e adoração a seus Deuses¹⁹⁰.

A liberdade religiosa é de fundamental relevância no âmbito existencial do homem e é estritamente ligada à ideia de dignidade humana. Configura-se como um direito do homem, um direito humano e um direito fundamental. Pode ser vista como direito natural decorrente do jusnaturalismo, como um direito humano proveniente do costume internacional e posteriormente positivado pelas normas jurídicas internacionais e como um direito fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico de diversos Estados.

O reconhecimento da liberdade religiosa como um direito advém da documentação e proteção dos direitos das pessoas pela ordem internacional e pela ordem interna dos países. O desenvolvimento do constitucionalismo foi essencial nesse reconhecimento.

¹⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Engel v. Vitale**, 370 U.S. 421 (1962). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/421/> Acesso em 10 jul. 2022.

¹⁹⁰ FEUERBACH, Ludwig. **Preleções sobre a essência da religião**. Tradução: José da Silva Brandão. Petrópolis: Vozes, 2009, p.60.

Os direitos do homem, expressão proveniente do direito natural, são direitos não positivados, quer no plano do direito interno, quer no plano do direito internacional, ou seja, não estão nem nas Constituições dos Estados, nem na Declaração dos Direitos Humanos. São considerados como direitos naturais em decorrência do pensamento jus naturalista. A ideia central é a de que “*basta existir para ter direito*”, assim, são inatos à própria condição humana¹⁹¹.

Os direitos humanos, entre eles o direito de liberdade religiosa, são produto da história, provêm do costume internacional. Eles se constroem ao longo do tempo. Começaram com os direitos políticos, se desenvolveram com os direitos sociais e depois com os direitos coletivos. Segundo D’Agostino:

Os direitos humanos, com efeito, nada mais são que o modo no qual se apresentam em nosso tempo – e de uma forma particularmente aguda – as instâncias mais profundas do jusnaturalismo. Os direitos humanos não são benévolas concessões que os Estados ou suas Constituições fazem aos cidadãos (...); constituem na verdade a maturação definitiva no nosso tempo da ideia - tipicamente jurídica - do primado da justiça no mundo humano ¹⁹².

Os direitos das pessoas passaram a ser documentados e protegidos na ordem internacional e na ordem interna. Os direitos humanos são previstos em documentos internacionais que possibilitam a proteção internacional da pessoa humana. Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais encontram-se positivados na ordem jurídica interna dos países¹⁹³.

A positivação dos direitos humanos pelos ordenamentos jurídicos dos Estados está estritamente ligada ao desenvolvimento do Constitucionalismo. Aqui entendido como a evolução histórica das Constituições por meio da busca pela limitação do poder estatal, garantia de direitos e separação de poderes.

O Constitucionalismo antigo, período que se inicia na antiguidade clássica e vai até o fim do século XVIII, foi marcado pela inexistência de Constituições escritas. A primeira experiência constitucional foi o Estado Hebreu, teocrático, em que o soberano era limitado por dogmas religiosos. Na Grécia e em Roma existiam

¹⁹¹ D’AGOSTINO, Francesco. **Diritto e giustizia**. Per una introduzione allo studio del diritto. Milão: San Paolo, 2004, p.27.

¹⁹² D’A D’AGOSTINO, Francesco. **Diritto e giustizia**. Per una introduzione allo studio del diritto. Milão: San Paolo, 2004, p. 27-28.

¹⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p.28.

Constituições Costumeiras, não escritas, que garantiam alguns direitos do povo perante o Monarca, que tinha alguma limitação ao seu poder. A Inglaterra não tinha uma Constituição escrita, mas já possuía documentos garantidores de direitos e que limitavam os poderes do Soberano, inclusive estabelecendo a Supremacia do Parlamento, tais como: Magna Carta, “Bill of Rights”, “Human Rights Act”¹⁹⁴.

As Constituições escritas surgiram com o Constitucionalismo moderno, fim do sec. XVIII até final 1918. A Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Constituição da França (1791) influenciaram o constitucionalismo atual. A Constituição dos EUA vige nos dias atuais, foi a primeira escrita, concisa, rígida, dotada de supremacia, criou o sistema presidencialista e promoveu o desenvolvimento do federalismo. Coube ao Poder Judiciário assegurar a supremacia constitucional por meio do controle de constitucionalidade (a primeira vez que a Suprema Corte dos EUA declarou uma lei inconstitucional foi em 1803, na decisão proferida pelo juiz Marshall - caso “Marbury Vs. Madison”)¹⁹⁵.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão (DDHC), 1789, considerado um marco na proteção dos direitos fundamentais, influenciou a Constituição da França de 1791. Esta era prolixa, com mais de 400 artigos, trouxe como contribuição a distinção entre o poder constituinte originário e o derivado¹⁹⁶, estabelecia a supremacia do parlamento, adotou como matéria constitucional o estabelecido no art. 16/DDHC: garantia de direitos fundamentais, separação e organização dos poderes e estrutura do Estado. E, ainda, consagrou a primeira dimensão de direitos fundamentais – classificação feita pelo jurista Karel Vasak que fez uma correlação ente os direitos fundamentais e os lemas da revolução francesa. O autor dividiu tais direitos em três gerações: a primeira delas é representada pelo direito de liberdade, é composto pelos direitos civis e políticos; a segunda é constituída pelos direitos de igualdade, quais sejam, direitos econômicos, sociais e culturais; a

¹⁹⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.44.

¹⁹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p. 47-48.

¹⁹⁶ A distinção entre poder constituinte originário e derivado foi uma teoria desenvolvida pelo Abade Emmanuel Joseph Sieyès. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.49.

terceira encampa os direitos de fraternidade, que são os direitos dos grupos ou das coletividades¹⁹⁷.

Posteriormente, o termo geração foi substituído por dimensões de direitos fundamentais. O que se deu devido ao entendimento de alguns juristas de que o termo geração levava a ideia que a segunda geração de direitos fundamentais substitui a primeira geração, e assim por diante. O termo dimensão traz a ideia de cumulação e que as dimensões de direitos fundamentais foram se somando¹⁹⁸.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais implicam: um plano jurídico-objetivo que traz normas que garantem o não agir, a abstenção do poder público e do Estado, vedando ingerências no âmbito jurídico-individual das pessoas; e um plano jurídico-subjetivo, o qual se refere ao poder que a pessoa tem de exercer de fato os seus direitos fundamentais (liberdade positiva), poder de exigir efetivamente o cumprimento das abstenções pelo poder público¹⁹⁹.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais assegurou os direitos ligados ao valor liberdade. São os direitos civis (direitos de defesa) e políticos (direitos de participação). Tais direitos possuem como característica central o poder de se exigir do Estado uma abstenção, por exemplo, não interferir na propriedade, não

¹⁹⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p 42: “o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.”

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55: “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno „Direito Internacional dos Direitos Humanos. ”

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p.56.

impedir a manifestação do pensamento, entre outros. Nessa época surgiram os direitos de liberdade de consciência, de expressão e de religião²⁰⁰.

No constitucionalismo moderno ocorreram as primeiras institucionalizações coerentes do Estado de Direito, tais como *Rule of law* (Inglaterra), *Rechtsstaat* (Prússia) e *État légal* (França). Esse tipo de Estado possui características ligadas ao liberalismo político e ao liberalismo econômico²⁰¹.

O liberalismo político defende o Estado limitado e apresenta as seguintes características: as limitações do Direito se estendem ao soberano (ninguém se encontra acima da lei, todos estão submetidos ao Direito, inclusive o soberano); a atuação da Administração Pública deve ser pautada pelo princípio da legalidade; os direitos fundamentais correspondem basicamente aos direitos da burguesia (caráter meramente formal)²⁰².

O liberalismo econômico postula um Estado mínimo, ou seja, o Estado deve atuar o mínimo possível, sua atuação deve se limitar à segurança e defesa da ordem e as questões econômicas e sociais são deixadas à livre iniciativa (Estado abstencionista).

Na última década do século XIX, após as revoluções industriais, houve uma grave crise econômica e, como consequência, ocorreu uma crise do liberalismo. As desigualdades sociais foram aumentando significativamente e o Estado liberal se mostrou incapaz de solucionar essa situação. Para resolver essa situação as Constituições começam a consagrar direitos que antes elas não continham, tais como a Constituição do México de 1917, que prevê direitos dos trabalhadores, e a Constituição da Alemanha (Weimar) de 1919, que apresenta os direitos sociais.

²⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 12-13: *Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados". Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o „jardim e a praça". Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o „homem civil" precederia o „homem político" e o „burguês" estaria antes do „cidadão". (...). No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade"*.

²⁰¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.243.

²⁰² No Estado de Direito, as declarações de direitos asseguravam o direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Esses direitos eram assegurados em um caráter meramente formal, eram assegurados na verdade para algumas pessoas. Ex.: A DDHC dizia que todos os homens são iguais, porém, havia escravos. Para eles, igualdade era tratar os escravos de uma forma e os proprietários dos escravos de outra forma.

Assim, foi consagrada a segunda dimensão dos direitos fundamentais que são ligados à igualdade material²⁰³ - direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos exigem prestações positivas do Estado, que podem ser materiais (fornecimento de remédios, construção de escolas e hospitais públicos) e jurídicas (criação de leis protetoras dos hipossuficientes, tais como a legislação trabalhista).

Surge assim o Estado social, que abandona a postura abstencionista do Estado liberal e passa a intervir em questões que antes eram deixadas à livre iniciativa (deixa de ter postura meramente fiscalizatória e passa a interferir diretamente nas relações sociais e econômicas) e também procura garantir o mínimo de bem-estar social (*Welfare State*).

Após a Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do século XX, surge o constitucionalismo contemporâneo. Inova ao reunir as principais características do constitucionalismo norte-americano e do constitucionalismo francês.

Do direito norte-americano, adota-se a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição – o que gera o fortalecimento do Poder Judiciário e abre espaço para o ativismo judicial. Já em relação ao constitucionalismo francês, acolheu-se a “rematerialização” das Constituições, que passam a consagrar novos direitos fundamentais, além de diretrizes e opções políticas²⁰⁴.

Surgem os direitos de terceira dimensão ligados à solidariedade ou fraternidade, tais como direito ao desenvolvimento e ao progresso (do indivíduo e do Estado), autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (patrimônio histórico e cultural) e direito de comunicação.

A classificação feita por Karel Vasak termina na terceira dimensão dos direitos fundamentais. Entretanto, na atualidade, alguns estudiosos do direito, como Paulo Bonavides e Norberto Bobbio, entendem que existe a quarta dimensão de direitos fundamentais. Para Bonavides²⁰⁵ são os direitos introduzidos pela

²⁰³ A igualdade material tem como objetivo reduzir as desigualdades, e para tanto, aplica-se a regra de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais – na medida das suas desigualdades. A igualdade formal e a material são conflitantes entre si. Quando as pessoas são tratadas com igualdade formal, deixamos de promover a igualdade material.

²⁰⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p. 52-53.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

globalização política, tais como direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Por outro lado, Bobbio²⁰⁶ entende que: “*tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.*” E, ainda, Bonavides menciona a paz como direito de quinta dimensão.

O direito à liberdade religiosa no seu nascedouro era tipicamente um direito de primeira dimensão. Entretanto, nos tempos atuais já se constatou que não bastam as garantias típicas dos direitos de primeira dimensão para que ocorra o pleno exercício deste direito. Assim, as prestações positivas Estatais são relevantes para que exista o efetivo exercício do direito à liberdade religiosa, pois o Estado tem o dever de proteger e garantir o livre exercício de todas as crenças.

No Constitucionalismo contemporâneo, tem-se o Estado Democrático de Direito que procura superar as deficiências e consolidar as conquistas dos modelos anteriores (Estado liberal e Estado social). O Estado de Direito é aquele que se submete ao império da lei e ser democrático significa a universalização do sufrágio para que todos possam participar do processo de elaboração das leis. São incluídos ainda mecanismos de participação popular direta, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular²⁰⁷.

O conceito de democracia passa a abranger uma dimensão material ao lado da dimensão formal. Na dimensão formal, prevalece a vontade da maioria, independentemente de qual é essa vontade. Por outro lado, sob o prisma da dimensão material nem toda vontade da maioria pode ser considerada como democrática pois exige-se o respeito aos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias²⁰⁸.

No âmbito do Estado Democrático de Direito busca-se dar efetividade aos direitos fundamentais. Na atualidade, os Estados considerados democráticos de Direito não se preocupam em ampliar o rol de direitos fundamentais, pois o nível de formalização atingido é satisfatório. Não possuem como objetivo central colocar novos direitos fundamentais nas suas Constituições, mas querem dar efetividade a esses direitos. Na hipótese de surgirem novos direitos, esses poderão ser incorporados, como por exemplo, os direitos digitais.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

²⁰⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.243.

²⁰⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 55.

Somam-se a isso os aspectos da limitação do legislador, que abrange questões formais e materiais e as condutas comissivas ou omissivas. A supremacia constitucional, apresentada por Kelsen, referia-se à forma de elaboração das leis (aspecto formal)²⁰⁹. Atualmente, a dimensão material deve ser observada: o conteúdo das leis deve ser compatível com os direitos fundamentais. Além disso, não apenas as condutas comissivas do Poder Legislativo, mas também as omissivas são objeto de controle. Por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Após o constitucionalismo contemporâneo veio o pós-positivismo e/ou neoconstitucionalismo²¹⁰. O pós-positivismo é considerado uma terceira via entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, pois reconhece a importância do positivismo para o direito, adota as suas contribuições e procura agregar novas concepções jusfilosóficas (direito/moral e pós-positivismo metodológico) e teóricas.

No positivismo jurídico existem duas diferentes concepções a respeito do direito e a moral: a exclusiva (exclui os argumentos morais) e a inclusiva, defendida por Herbert Hart, que admite ser possível a relação entre o direito e a moral, mas não a considera necessária para que lei seja corretamente aplicada (relação contingente entre direito e moral)²¹¹.

Por outro lado, o não positivismo defende a existência de uma relação necessária entre Direito e moral. No não positivismo exclusivo ou “tese forte”, os defeitos morais sempre determinam a perda da validade jurídica, ou seja, havendo um conflito entre o direito positivo e o natural prevalece o último. O não positivismo inclusivo ou “tese fraca” ou pós-positivismo, defendido por Robert Alexy e Ronald Dworkin, entende que apenas quando o direito for extremamente injusto ele perde a

²⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.155.

²¹⁰ Em relação a nomenclatura neoconstitucionalismo e pós-positivismo não há consenso na doutrina. Para alguns, o neoconstitucionalismo passou a ser usado no lugar do pós-positivismo e são sinônimos. Para outros, o pós-positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo. O pós-positivismo seria uma concepção filosófica universal - aplicável a qualquer tipo de Estado. Por outro lado, o neoconstitucionalismo só cabe no Estado Democrático de Direito. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.61.

²¹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 11-12.

sua validade jurídica (“fórmula de Radbruch”). Essa tese procura sintetizar aspectos do jusnaturalismo com o pós-positivismo²¹².

O pós-positivismo metodológico possui um caráter descritivo que apresenta as mudanças que ocorreram no modelo de Constituição e de Estado e um caráter prescritivo que indica mecanismos aptos para operar esse novo modelo.

As concepções teóricas do pós-positivismo objetivam construir uma teoria sobre a aplicação do direito (metateoria) que procura oferecer instrumentos para que o procedimento de aplicação do Direito não seja arbitrário.

O neoconstitucionalismo teórico, em oposição ao positivismo teórico do século XIX, tem o neoconstitucionalismo como modelo de Constituição e de Estado. Apresenta como características: força normativa da Constituição, supremacia formal e material da Constituição, rematerialização das Constituições²¹³, centralidade das Constituições e seus direitos fundamentais e a constitucionalização do direito (inclusão de normas de outro ramo do Direito no texto Constitucional, interpretação de leis conforme a Constituição, eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e fortalecimento do Poder Judiciário.

O neoconstitucionalismo prescreve a revisão de três teorias juspositivistas: teoria das fontes, teoria das normas e teoria da interpretação. Isso se deve às transformações que ocorreram no modelo de Constituição e de Estado que tornaram as teorias juspositivistas tradicionais insuficientes para atender as complexidades que envolvem esse novo modelo²¹⁴.

Em relação à teoria das fontes, a lei foi retirada do centro do ordenamento jurídico e foi substituída pela Constituição. Pode-se dizer que o legiscentrismo positivista foi trocado pela centralidade da Constituição.

²¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodvim, p. 73-96.

²¹³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.52: “A rematerialização constitucional abrange, ainda, a imposição de diretrizes, opções políticas e amplas esferas de regulação jurídica estabelecidas, não raro, em normas extremamente vagas e imprecisas que limitam o legislador não apenas na forma de produção do direito, mas também em relação ao conteúdo das normas a serem produzidas”.

²¹⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.60.

No que tange a teoria das normas, o positivismo tradicional fazia distinção entre princípio e norma. A norma tinha caráter vinculante, era obrigatória, e o princípio era uma diretriz não vinculante, utilizado pelo julgador apenas quando não fosse possível aplicar a lei, a analogia e os costumes. Esses princípios gerais do direito transformaram-se em princípios constitucionais que possuem normatividade. Assim, não se distingue mais a norma e o princípio, pois a norma é gênero que possui como espécies os princípios e as regras.

O neoconstitucionalismo deu grande importância aos princípios, que passam a possuir o papel de integração, ao preencher e suprir as lacunas jurídicas e orientar a interpretação do ordenamento jurídico (sem vinculação ou obrigatoriedade). Com o pós-positivismo, foi atribuída força normativa aos princípios, que passam a ser considerados como uma espécie normativa com a mesma força vinculadora das regras.

Ronald Dworkin entende que as regras são normas que devem ser aplicadas de modo excludente, ou seja, elas se aplicam exatamente como estão previstas ou não se aplicam (tudo ou nada). Ou seja, se o fato que preenche o antecedente da regra acontecer – se ela for válida produzirá os seus efeitos e será aplicada na sua inteireza, mas, se não for válida não deve ser aplicada e deve ser declarada inválida. Por outro lado, os princípios não são excludentes em caso de colisão – permanecem válidos, são tidos como razões *prima facie* (razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra). Além disso, possuem uma dimensão de peso e precisam ser ponderados em cada situação concreta. O autor entende ainda que todas as exceções possíveis podem ser previstas pelas regras²¹⁵.

Robert Alexy complementa os estudos de Dworkin introduzindo as ideias dos mandados de otimização e do caráter *prima facie* dos princípios. Discorda de Dworkin quanto à possibilidade de previsibilidade de todas as exceções a cada uma das regras presentes no ordenamento jurídico. Entende que princípios são “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*” e as regras apresentam imposições definitivas: “*se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos*”²¹⁶. Para o autor, a norma com alto grau de generalidade e

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.25-27.

²¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90-91.

abstração considerados como mandamentos de otimização²¹⁷ deve ser classificada como princípio e a norma com baixo grau, como regra (deve-se fazer exatamente aquilo que a regra válida prescreve)²¹⁸.

De acordo com Alexy, as distinções entre princípios e regras podem se resumir a dois critérios. O primeiro refere-se à diferença quanto às consequências da colisão. Se houve colisão entre regras, abre-se uma exceção excludente da antinomia ou uma regra é invalidada. Por outro lado, se for entre princípios, um deles terá sua efetivação normativa temporariamente afastada. O segundo diz respeito à obrigação que instituem, já que as regras criam obrigações absolutas e os princípios instituem obrigações *prima facie* – superáveis em função de outros princípios colidentes²¹⁹.

Robert Alexy apresenta uma técnica para a ponderação de normas. Se ocorrer um conflito entre regras na dimensão da validade, a solução é a introdução de uma cláusula de exceção ou o uso das normas de resolução de conflitos (prevalência da norma posterior, da especial ou da superior hierarquicamente) e, na impossibilidade de se resolver o conflito por esses meios, deve ser feita a declaração de invalidade de uma das regras excluindo-a do ordenamento jurídico. Situação distinta é a colisão entre dois princípios, que se dá na dimensão do peso. Nesse caso, utiliza-se a técnica de ponderação, que realiza o sopesamento de valores de cada um dos princípios no caso concreto. Para o autor existem três graus de ponderação dos princípios. No primeiro, determina-se o peso ou intensidade da intervenção. Já no segundo grau, deve-se estabelecer a importância dos fundamentos que possibilitam juridicamente a intervenção. Por fim, no terceiro, concretiza-se a ponderação em

²¹⁷ Robert Alexy altera o entendimento sobre os princípios, antes mandamentos de otimização dentro daquilo que é faticamente e juridicamente possível para mandamento de maximização dentro daquilo que é faticamente possível. SOUSA, de Oliveira Felipe. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista Informativa Legislativa**. Brasília, a.48 n.192 out./dez. 2011, pp. 95 – 109.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.91: “Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.”

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.61.

sentido específico, ou seja, se a relevância da satisfação de um dos direitos fundamentais justifica a não aplicação do outro direito fundamental²²⁰.

A proporcionalidade é a pedra basilar da técnica de ponderação de princípios de Robert Alexy. Subdivide a regra da proporcionalidade em três sub-regras: adequação²²¹, necessidade²²² e proporcionalidade em sentido estrito²²³, que devem ser cumpridas na ordem sucessiva e de forma subsidiária, já que a eficácia posterior depende do atendimento da anterior.

Humberto Ávila aponta que as regras apresentam como características: dever imediato – adoção da conduta descrita; dever mediato – manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores; justificação – correspondência entre o conceito de norma e o conceito de fato; pretensão de decidibilidade – exclusividade e abarcância. Por outro lado, o mesmo autor afirma que os princípios possuem as seguintes características: dever imediato – promoção de um estado ideal de coisas; dever mediato - adoção da conduta necessária; justificação - correlação entre os efeitos da conduta e o estado ideal de coisas; pretensão de decidibilidade – concorrência e parcialidade²²⁴. A respeito da ponderação de princípios, Humberto Ávila diz:

²²⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008., p.63: “Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro. ”

²²¹ A sub-regra da adequação determina que os fins que o julgador busca para julgar àquele caso devem ser legítimos (não contrariam o sistema constitucional) e os meios aptos para se alcançar tais fins (medidas utilizadas devem concretamente contribuir para o alcance dos fins almejados).

²²² A sub-regra da necessidade significa que o fim almejado só pode ser alcançado se adotadas as medidas restritivas de direitos e sopesamento de princípios que foram utilizadas no caso concreto.

²²³ A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito é feita a averiguação se para alcançar àquele fim almejado e legítimo, dentro do sistema constitucional de valores pondera-se entre as diversas medidas possíveis e que produzem resultados similares, qual delas é menos gravosa ao interessado.

²²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção (...) as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.

A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação. É que se há dois princípios em relação de tensão, a solução escolhida deve ser aquela que melhor realize ambos os princípios. Isso só será possível, se a solução adotada for adequada e necessária à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo.²²⁵

Humberto Ávila discorda de Dworkin e Alexy quanto ao conceito de regra, pois nem sempre a consequência de uma regra pode ser, de pronto, implementada, uma vez que regras também podem ser ambíguas ou vagas (conceitos jurídicos indeterminados). Por isso, entende que a afirmação segundo a qual as regras são aplicadas do modo *“tudo ou nada” só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas*. Por isso, apenas após a interpretação da regra é possível se falar em implementação de consequência predeterminada. Da mesma forma em relação aos princípios, pois somente após a aplicação ao caso concreto serão definidas quais consequências serão implementadas. A distinção que existe é que o grau de abstração anterior à interpretação é maior nos princípios, que não determinam diretamente a conduta a ser seguida e só estabelecem os fins relevantes – conteúdo valorativo daquele princípio. Nas regras, em geral, as condutas a ser seguidas estão prescritas mas, no caso concreto, a prescrição normativa da regra pode não se enquadrar e, nesse caso, o mesmo juízo de ponderação dos princípios será aplicado a elas²²⁶.

Adriano Soares da Costa crítica o entendimento de Humberto Ávila porque o autor não distingue regras e princípios a priori e delega ao intérprete a função de fazê-lo. E, ainda, mesmo que existam sentidos já aceitos e consolidados e aplicação costumeira do texto de determinada norma, o intérprete pode deixar de aplicá-la por

²²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215, jan./mar. 1999, p. 151-179.

²²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215, jan./mar. 1999, p.163-164.

razões próprias de interpretação que se sobrepõem às do legislador que editou a norma. Por isso, segundo Adriano Soares da Costa, a teoria de Ávila é marcada pelo relativismo – que enfraquece a segurança jurídica do conjunto normativo do país²²⁷.

Os princípios apresentam um comportamento dinâmico, já que possuem indeterminação das ações humanas ou estado de coisas previstos no seu antecedente. Devido às diversas condições disjuntivas, apresentam uma tendência de expandir seus meios de aplicação ao mundo dos fatos. Por outro lado, as regras apresentam comportamento estático, previamente limitado, e por isso possuem menor tendência de conflitos normativos. A ponderação deve ser usada quando o sistema jurídico não oferece solução para o caso concreto, ou seja, na aplicação de princípios e regras não foi possível solucionar o caso com o uso das normas de resolução de conflitos (prevalência da norma posterior, da especial ou da superior hierarquicamente) ou, especificamente na aplicação de regras, não foi possível a introdução de uma cláusula de exceção²²⁸.

A liberdade religiosa inerente à vida digna do ser humano é um direito humano e um direito fundamental. Com a positivação do direito de liberdade religiosa pelas normas jurídicas internacionais e pelos ordenamentos jurídicos internos de diversos países, torna-se relevante a discussão em torno da teoria da norma jurídica e a aplicação das técnicas de ponderação de normas. Isso porque o direito de liberdade religiosa pode entrar em conflito com outro direito fundamental e, em diversos casos concretos, os julgadores têm usado a técnica da ponderação normativa para solucionar tal conflito. Assim, a discussão em torno da efetividade do direito de liberdade religiosa passa por tal técnica de ponderação.

²²⁷ COSTA, Adriano Soares da. **Humberto Ávila, autoritarismo hermenêutico e o TSE**. Disponível em: <https://goo.gl/Zatxuc>. Acesso em 12 jul. 2022.

²²⁸ SACRAMENTO, Bruno. **A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista de Direito da FGV, v. 15, n. 2, 2019, e1917. Disponível em doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917>. Acesso em 13 de jul. 2022.

3.5 TRATAMENTO JURÍDICO DAS RELIGIÕES NO BRASIL

Desde o descobrimento do Brasil, os colonizadores consideraram fundamental a construção de uma colônia que professasse a mesma religião que a metrópole, qual seja, a católica. Tanto para a Portugal quanto para Igreja Católica era primordial difundir o cristianismo para as novas terras recém descobertas – para tanto, o papa concedeu ao rei de Portugal o poder de administrar os assuntos da Igreja Católica nas terras além-mar (sistema do padroado).

No Brasil colônia a religião oficial era a católica. O governador geral era considerado o representante do rei de Portugal e ele estabelecia as normas que regulavam as questões religiosas na colônia. O sistema do padroado viveu durante toda a era colonial – o que possibilitou a difusão do Catolicismo por meio da catequese, pela construção de paróquias e pela educação formal nos colégios administrados por freis e frades católicos.

O fato do Catolicismo ser a religião oficial do Brasil colônia não significa que os índios e os escravos africanos não tivessem suas próprias crenças religiosas e as praticassem às escondidas. O culto doméstico de outras formas de manifestações religiosas que não a católica foi prática comum da época colonial até o século XIX. Inclusive, a constituição imperial de 1824, em seu artigo 5, autorizou o culto doméstico das demais religiões.

A Constituição Imperial de 1824 adotou a religião católica como a oficial do Brasil império. Houve proteção à liberdade de crença, mas, não a liberdade de culto – já que, aos não católicos, era permitido apenas o culto doméstico (artigo 5)²²⁹. A união entre o Estado e a Igreja regeu muitas ações do Imperador, que jurou respeito à religião católica apostólica romana na forma prevista na Constituição (artigo 103)²³⁰.

²²⁹ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art. 5. “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma algum exterior do Templo”.

²³⁰ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art. 103.” O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e

A Constituição de 1824, ao abordar os direitos civis e políticos, proibiu a perseguição por motivos religiosos e estabeleceu como requisito para tal que a pessoa respeite a religião oficial do Estado e não ofenda a moral pública (artigo 179, V)²³¹.

A Constituição de 1824 estabelecia distinções quanto aos direitos políticos dos indivíduos que eram católicos apostólicos romanos e àqueles que pertenciam a outras religiões. Por exemplo, apenas os católicos poderiam ser nomeados deputados²³² e conselheiros²³³.

Na verdade, não se pode sequer falar que havia integral liberdade de crença, apenas uma tolerância religiosa, porque, além do fato de que somente os católicos poderiam ter cultos públicos, o ensino nos colégios era ministrado por católicos, não ocorreu a secularização dos cemitérios e não havia casamento civil.

Quando da proclamação da República, 1889, já havia forte corrente na sociedade que considerava que a proteção a liberdade de crença da Constituição Imperial de 1824 insuficiente e, antes da Constituição da República de 1891, foi promulgado o Decreto 119-A de 07 de janeiro de 1890. Esse decreto, redigido por Rui Barbosa, separou o Estado Brasileiro da Igreja Católica Apostólica Romana (art.1º)²³⁴,

indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber”.

²³¹ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) V. Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

²³² BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórmula dos Arts. 92 e 94. II. Os Estrangeiros naturalizados. III. Os que não professarem a Religião do Estado.

²³³ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022 Art. 141. “Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de - manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e às Leis; ser fieis ao Imperador; aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação. ”

²³⁴ BRASIL. Decreto 119-A. 07 de janeiro de 1890. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 06 fev. 2022. Art. 1º. “ E’ prohibido á autoridade federal, assim como á 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”.

consagrou a plena liberdade de crença (art.2º)²³⁵ e cultos e extinguiu o padroado (art.4º)²³⁶.

A Constituição da República de 1891 separou, definitivamente, o Estado Brasileiro da Igreja Católica Apostólica Romana (artigo 11)²³⁷. Não há qualquer menção a Deus no preâmbulo constitucional²³⁸. A liberdade religiosa foi integralmente reconhecida (art.72, § § 3º e 28º)²³⁹. Estabeleceu ainda que nenhuma instituição religiosa poderia receber recursos financeiros da União ou dos Estados (art.72,

²³⁵ BRASIL. Decreto 119-A. 07 de janeiro de 1890. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 06 fev. 2022. 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 públicos, que interessem o exercício deste decreto.”

²³⁶ BRASIL. Decreto 119-A. 07 de janeiro de 1890. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 06 fev. 2022. Art. 4º. “Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas”.

²³⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Art 11 – “É vedado aos Estados, como à União: (...) 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (...)”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

²³⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte”..

²³⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art.72 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum (...) § 28. Por motivo de crença ou de função de seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico (...)”.

§ 7º)²⁴⁰. Os cemitérios passaram a ter caráter secular (art.72, § 5º)²⁴¹ e o Estado brasileiro passa a reconhecer apenas o casamento civil (art.72, § 4º)²⁴².

O modo do Estado Brasileiro se relacionar com as instituições religiosas, notadamente com a Igreja Católica mudou significativamente na Constituição da República de 1891. Intelectuais liberais, como Rui Barbosa, que defendiam a autonomia do indivíduo e a liberdade de crença, já tinham obtido a separação do Estado Brasileiro da Igreja Católica com a promulgação do Decreto 119-A de 1890. Sob a influência dos positivistas e das ideias republicanos da Revolução Francesa, os constituintes de 1891 transformaram o Brasil em um Estado Laico.

Em relação à liberdade religiosa, os efeitos das alterações promovidas pela Constituição de 1891 foram: a criação dos cartórios que celebrariam os casamentos civis, o ensino público passou a ser laico e as pessoas poderiam expressar, livremente, suas opiniões sobre as religiões. Passou a ser possível a exteriorização da liberdade de pensamento, consciência e crença. Sob esse prisma, é possível entender que houve um crescimento da liberdade de expressão, que é essencial para a autonomia do indivíduo.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 abrandou as normas estabelecidas na Constituição de 1891 quanto ao Estado laico. No preâmbulo²⁴³ volta a fazer menção a Deus expressando que os representantes do povo brasileiro confiam em Deus.

²⁴⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Art.72 –“A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...) § 7º Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados. (...)”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

²⁴¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art.72 –“A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...) § 5º Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral pública e as leis. (...)”.

²⁴² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art.72 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (...)”.

²⁴³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

O Estado brasileiro continua separado de qualquer religião e mantém sua posição de neutralidade – A União e os Estados não podem fazer alianças com instituições religiosas, não podem subvencionar quaisquer cultos religiosos. Entretanto, é possível que ocorra uma colaboração recíproca em prol do interesse da coletividade (artigo, 17, II) ²⁴⁴.

Estabeleceu-se um limite ao direito de liberdade de culto que é não contrariar a ordem pública e os bons costumes (art.113, 5) ²⁴⁵.

A igualdade quanto ao exercício do direito de liberdade religiosa está inclusa na cláusula geral de igualdade, que passa a ser adotada pelas Constituições Brasileiras que vieram após a de 1934. Assim, a igualdade de todos perante a lei foi prevista e foram vedados quaisquer privilégios ou distinções por diversos motivos, entre os quais, crença religiosas (art.113, 1) ²⁴⁶. Estabeleceu ainda que ninguém pode ser privado de seus direitos por questões relacionadas a sua convicção religiosa (art.113, 4)²⁴⁷, exceto quanto aos direitos políticos que são retirados pela não

Preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte”.

²⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art.17. “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II – estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício dos cultos religiosos”.

²⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 113. “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil (...)”.

²⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 113. “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas(...)”.

²⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 4) Por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b (...)”.

prestação de serviço ou ônus que a lei imponha a todos brasileiros (art.111, b)²⁴⁸. Não há, portanto, previsão da escusa de consciência.

Houve ainda o reconhecimento do casamento religioso com efeitos civis – desde que fossem seguidas as normas estabelecidas na seara civil (artigo 146)²⁴⁹. Além disso, passou-se a admitir que existissem cultos religiosos nos cemitérios e a existência de cemitérios particulares (art.113, 7)²⁵⁰ e começou a prever a assistência religiosa em expedições militares, desde que os sacerdotes fossem brasileiros natos (art.113, 6)²⁵¹. Por fim, foi criada a possibilidade para que as escolas pudessem oferecer educação religiosa como disciplina optativa – facultativa (art.153)²⁵².

²⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 111 - Perdem-se os direitos políticos: (...) b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política (...)”.

²⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.”

²⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular (...)”.

²⁵¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros nato (...)”.

²⁵² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 153 – “O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais”.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 manteve a separação entre Estado e a religião – não há adoção de qualquer denominação religiosa como a oficial do Brasil. As Constituições brasileiras que não fizeram qualquer menção a Deus no preâmbulo são a de 1891 e a 1937. Ainda, continuou a estabelecer que não haverá aporte financeiro do Estado para qualquer instituição religiosa. Os brasileiros permaneceram com direito de professar a religião que escolherem e o Estado não embaraçará a realização dos seus respectivos cultos – desde que sejam respeitados os limites da ordem pública e dos bons costumes (artigo 122, parágrafo 4º)²⁵³.

Assim como nas Constituições anteriores, perdem-se os direitos políticos pela negativa de cumprir obrigação legal imposta a todos por motivos de convicções religiosas (não havia previsão da possibilidade de cumprir prestação alternativa, ou seja, não existiu a escusa de consciência) – Artigo 119, “b”, da Constituição de 1937²⁵⁴. Manteve a possibilidade de ensino religioso facultativo nas escolas primárias, normais e secundárias (artigo 133 da Constituição de 1937)²⁵⁵.

A nova Constituição, outorgada por Getúlio Vargas, voltou a estabelecer que os cemitérios teriam caráter exclusivamente secular (artigo 122, parágrafo 5º da Constituição de 1937)²⁵⁶. Deixou de haver previsão para a realização de casamento religioso e não existiu a possibilidade de se prestar assistência religiosa aos militares.

²⁵³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes (...)”.

²⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 119 - Perdem-se os direitos políticos:(...) b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros (...)”.

²⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 133 - O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos. ”

²⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 5º) os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal (...)”.

A Constituição de 1937 acrescentou no capítulo que aborda a “Ordem Econômica” a previsão de que não haveria trabalho dos operários nos dias dos feriados religiosos (artigo, 137, “d”, Constituição de 1937)²⁵⁷.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 faz menção a Deus, expressamente, no seu preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembleia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte” (BRASIL, 1946).

As novas previsões da Constituição de 1946 foram: as organizações religiosas passam a ter personalidade jurídica nos termos da lei civil²⁵⁸; estabeleceu a imunidade tributária, com relação aos impostos, para os templos de qualquer culto – desde que respeitada a condição de que as verbas da instituição religiosa, imune aos impostos, sejam integralmente aplicadas no Brasil e nos fins da entidade religiosa²⁵⁹; passou a prever que a lei poderia estabelecer prestações alternativas àqueles que se recusassem a cumprir obrigações impostas por lei a todos os brasileiros – previsão da escusa de consciência (artigo 141, parágrafo 8º, Constituição

²⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art. 137 – a legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) d- o operário terá direito de repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local (...)”. Suspenso pelo Decreto nº 10.358/1942.

²⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil (...)”.

²⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) V - lançar impostos sobre: (...) b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins (...)”.

de 1946)²⁶⁰; passou a prever a instituição de descansos remunerados nos feriados religiosos (artigo 157, VI, Constituição de 1946)²⁶¹.

A Constituição de 1946 voltou a estabelecer: prestação de assistência religiosa aos militares e aos internados em habitação coletiva (artigo 141, § 9º da Constituição de 1946)²⁶²; os cemitérios podem ser seculares ou confessionais e as organizações religiosas possuiriam liberdade para praticar seu cultos nos cemitérios seculares (artigo 141, § 10º da Constituição de 1946)²⁶³; os efeitos civis do casamento

²⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência (...)”.

²⁶¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores (...) VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local (...)”.

²⁶² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 9º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, nº s I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva (...)”.

²⁶³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares. (...)”.

religioso (artigo 163, § 1º da Constituição de 1946)²⁶⁴; ensino religioso facultativo (artigo 168, V da Constituição de 1946)²⁶⁵.

A Constituição de 1967, em linhas gerais, manteve as previsões da Constituição de 1946. O Estado Brasileiro continua sendo laico – com previsão expressa da separação entre o Estado e a religião no Brasil. É vedado ao Estado estabelecer cultos religiosos, subvencioná-los ou manter qualquer relação de dependência ou aliança com instituições religiosas. Todavia, essa Constituição apresentou como novidade a possibilidade de haver colaboração de interesse público nos setores educacional, assistencial e hospitalar (art.9º, II da Constituição de 1967 – mesma redação após a Emenda Constitucional nº01 de 1969)²⁶⁶.

Como na maioria das Constituições Brasileiras, a de 1967, em seu preâmbulo invoca a proteção de Deus: “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte” (BRASIL, 1967). A emenda Constitucional nº01 de 1969 não alterou o preâmbulo da Constituição de 1967.

A proteção ao direito de liberdade religiosa está contida no capítulo que aborda os Direitos e Garantias Individuais. Assim, essa Constituição reconhece o direito de liberdade religiosa como um direito individual fundamental afirmando a igualdade de todos perante a lei sem distinção de credo religioso²⁶⁷. A emenda

²⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”

²⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: (...) V - o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável (...).”

²⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. “Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embarcar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar”.

²⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. CAPÍTULO IV - Dos Direitos e Garantias Individuais - Art 150 – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança

Constitucional nº 01 de 1969 não alterou previsão do artigo 150, §1º da Constituição de 1967, inclusive manteve o dispositivo no capítulo dos direitos e garantias individuais – apenas alterou a numeração do artigo que passa a ser 153, §1º da Constituição de 1967 com redação dada pela emenda Constitucional nº 01 de 1969²⁶⁸.

Em relação à escusa de consciência, a Constituição de 1967 não repetiu a previsão geral da Constituição de 1946. Assim, haveria perda dos direitos políticos se a pessoa se recusasse a cumprir obrigação legal imposta a todos por motivos de crença religiosa, convicção filosófica ou política (artigo 144, II, “b” da Constituição de 1967)²⁶⁹. O dispositivo constitucional delegou para o legislador infraconstitucional a possibilidade de determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência (artigo 150, § 6º da Constituição de 1967)²⁷⁰.

A emenda Constitucional nº 01 de 1969 não alterou as previsões da Constituição de 1967 quando a escusa de consciência. O artigo 149, § 1º, “b” da Constituição de 1967 com redação dada pela EC 01/1969²⁷¹ repetiu a norma prevista no artigo 144, II. “b” da Constituição de 1967 – redação original. E o artigo 153, § 6º

e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei (...).”

²⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 153. “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça (...)”.

²⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 144 – “Além dos casos previstos nesta Constituição, os direitos políticos: (...) II - perdem-se: (...) b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros, em geral (...)”.

²⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 150 – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência (...)”.

²⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 149. *Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos. § 1º O Presidente da República decretará a perda dos direitos políticos: (...). b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral; ou(...).”*

da Constituição de 1967 com redação dada pela EC 01/1969²⁷² repetiu a norma prevista no artigo 150, § 6º da Constituição de 1967 – redação original.

A Constituição de 1967, repetindo o já disposto na Constituição de 1946²⁷³, assegurou a plena liberdade de consciência e o exercício dos cultos religiosos. Estabeleceu como limite ao exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. Assim, o exercício do direito de liberdade religiosa não autoriza nenhuma manifestação religiosa que contrarie o ordenamento jurídico brasileiro (ordem pública). Os bons costumes deveriam refletir o pensamento do brasileiro médio. Como se pode notar existe alto grau de abstração na definição do que venha a ser bons costumes, o que pode acarretar limitações indevidas ao exercício do direito de liberdade religiosa. Importante ressaltar que os bons costumes como limite ao exercício da liberdade religiosa foram previstos nas Constituições de

²⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 153. “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 6º Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com escusa de consciência (...)”.

²⁷³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil (...)”.

1934 (art.113, 5)²⁷⁴, 1937 (artigo 122, § 4º)²⁷⁵, 1967 (artigo 150, § 5º)²⁷⁶ e 1967 com redação dada pela emenda nº01 de 1969 (artigo 153, § 5º)²⁷⁷.

A Constituição de 1967 e a Constituição de 1967 com a redação dada pela emenda constitucional nº01 de 1969 mantiveram as previsões da Constituição de 1946: prestação de assistência religiosa por brasileiros aos militares e aos internados em habitação coletiva (artigo 150, § 7º da Constituição de 1967 e artigo 153, § 7º da Constituição de 1967 com redação dada pela emenda constitucional nº01/1969)²⁷⁸; os efeitos civis do casamento religioso (artigo 167, §§ 2º e 3º da Constituição de 1967

²⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil (...)”.

²⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes (...)”.

²⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 150 – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. (...)”.

²⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 153 – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. (...)”.

²⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 150 – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 7º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva (...)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 153. “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 7º Sem caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, no termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais (...)”.

e artigo 175, §§ 2º e 3º da Constituição de 1967 com redação dada pela emenda constitucional nº01/1969)²⁷⁹; ensino religioso facultativo (artigo 168, § 3º, IV da Constituição de 1967 e artigo 176, § 3º, V, da Constituição de 1967 com redação dada pela emenda constitucional nº01/1969)²⁸⁰, repouso remunerado nos feriados religiosos (artigo 158, VII, da Constituição de 1967 e artigo 165, VII, da Constituição de 1967 com redação dada pela emenda constitucional nº01/1969)²⁸¹ e imunidade tributária em relação aos impostos para templos religiosos de qualquer culto (artigo

²⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 167 – “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. (...) § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente (...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 175. “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. (...) § 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. § 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente (...)”.

²⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 168 – “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. (...) § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: (...) IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio (...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 176. “A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola (...) § 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas (...) V - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio (...)”.

²⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art 158 – “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local (...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 165. “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local (...)”.

20, III, “b”, da Constituição de 1967 e artigo 19, III, “b” da Constituição de 1967 com redação dada pela emenda constitucional nº01/1969)²⁸².

A Constituição brasileira de 1988 tem como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição de 1988). Este princípio pode ser entendido como um feixe de direitos e deveres fundamentais que assegura para os indivíduos o direito de serem respeitados como pessoa. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, esse conjunto de direitos e deveres tem como objetivo, além de garantir condições existenciais mínimas, proteger cada pessoa contra atos degradantes. Nas palavras do autor, a dignidade da pessoa humana é “a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade*”²⁸³.

O princípio da dignidade humana é considerado basilar na Constituição Federal de 1988, sendo visto como mandamento constitucional central e eixo de interpretação da Constituição. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é mais que um valor, é um princípio normativo fundamental que pressupõe o reconhecimento dos direitos fundamentais de diferentes dimensões. Ele afirma que “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”²⁸⁴.

Dessa maneira, o direito de liberdade de crença, consciência e culto, previstos na Constituição de 1988, devem ser interpretados considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como um vetor de interpretação constitucional.

O artigo 5º da Constituição de 1988 elenca os direitos individuais fundamentais e seu inciso VI determina a liberdade religiosa de maneira ampla, pois

²⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022.. Art 20 – “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar imposto sobre: (...) b) templos de qualquer culto (...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Art. 19. “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - instituir impôsto sobre: (...) b) os templos de qualquer culto (...)”.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 101.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 84.

protege a liberdade de consciência, de crença e de culto – inclusive garante a proteção aos locais de culto e suas liturgias na forma da lei²⁸⁵.

O Constituinte de 1988 optou por um Estado laico (artigo 19, I da Constituição de 1988)²⁸⁶. Deixou expresso que o Estado brasileiro não adota nenhuma religião oficial e separa o Estado das instituições religiosas.

Ao contrário das demais Constituições brasileiras, a de 1988 não estabeleceu limites ao exercício do direito de liberdade religiosa, como por exemplo a ordem pública e os bons costumes. Existiram intensos debates entre os Constituintes a respeito desse tema, mas, pelo próprio histórico da elaboração da Constituição de 1988, mais garantidora dos direitos fundamentais e das liberdades, prevaleceu a ideia de que não deveria haver qualquer limite ao exercício do direito de liberdade religiosa.

Se por um lado a não limitação ao exercício do direito de liberdade religiosa impede que haja conceitos vagos sobre o que seriam bons costumes, por outro lado, não submete, pelo menos constitucionalmente, o exercício da liberdade religiosa ao ordenamento jurídico brasileiro. O que pode gerar uma falsa ideia de que é lícito, por exemplo, sacrificar seres humanos porque uma religião qualquer prega isso.

As novas previsões da Constituição de 1988 foram: assistência religiosa aos militares e entidades de internação coletiva só que não precisa mais ser prestada por brasileiros (artigo 5º, VII da Constituição de 1988)²⁸⁷; prevê o amplo direito de escusa de consciência, assim, se o indivíduo por motivos religiosos, filosóficos ou

²⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - 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 (...)”.

²⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. 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 (...)”.

²⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. 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: (...) VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; (...)”.

políticos não aceitar cumprir obrigação imposta a todos os brasileiros, pode cumprir, na forma da lei, a prestação alternativa. Só haverá perda dos direitos políticos se a pessoa se recusar a cumprir a obrigação a todos imposta e a prestação alternativa (artigo 5º, VIII da Constituição de 1988)²⁸⁸.

A Constituição de 1988 manteve as previsões das Constituições anteriores no tocante a: proibição de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o funcionamento de qualquer culto (desde a Constituição 1891 tal dispositivo se faz presente) e possibilidade do Estado brasileiro estabelecer com as instituições religiosas as chamadas colaborações de interesse público²⁸⁹ (constou das Constituições de 1934 e 1967); previsão de ensino religioso em instituições de ensino com matrícula facultativa (artigo 210, § 1º da Constituição de 1988)²⁹⁰; casamento religioso de efeitos civis (artigo 226, § 2º da Constituição de 1988)²⁹¹; imunidade de impostos aos templos de qualquer culto (artigo 150, VI, “b” da Constituição de 1988)²⁹² – norma presente desde Constituição de 1946.

²⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. 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: (...)VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)”

²⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. 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 (...)”

²⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art. 210. “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental(...)”.

²⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei (...)”.

²⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art. 150. “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) b) templos de qualquer culto (...)”.

3.6 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais encontram-se positivados na ordem jurídica interna do país, ou seja, consagrados em normas que preveem posições jurídicas subjetivas a determinados titulares (direito à vida, à liberdade religiosa, à manifestação do pensamento, de propriedade, entre outros). Já as garantias são mecanismos criados para que as pessoas possam assegurar a efetividade dos seus direitos fundamentais. Por isso, a garantia é mais um meio do que um fim em si mesmo (remédios constitucionais, devido processo legal, legalidade, entre outros). Apesar de estarem sistematicamente elencados no art. 5º, os direitos e garantias individuais não se restringem a ele, estão espalhados por toda a Constituição: Título II (arts. 5º ao 17), princípio da anterioridade eleitoral (art. 16) e princípio tributário da anterioridade (art. 150, III, “b”), direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225, CF/88). E, ainda, o art. 60, § 4º, IV, CF/88 de acordo com o STF, quando trata das cláusulas pétreas, refere-se aos direitos e garantias individuais, que não são só os do art. 5º, CF/88.

Os destinatários dos direitos e das garantias fundamentais são os brasileiros natos e naturalizados e pessoa jurídica de direito público²⁹³ e os estrangeiros residentes no país e, também, os não residentes²⁹⁴ (apesar do texto expresso do art. 5º, *caput*, CF/88 - fundamento da dignidade humana, art. 1º, III, CF/88)²⁹⁵. Já os deveres são dirigidos ao Estado (eficácia vertical) e aos particulares

²⁹³ Atualmente, admite-se que a pessoa jurídica de direito público possa evocar alguns direitos do art. 5º (direitos de natureza procedimental). Por exemplo: devido processo legal, contraditório, ampla defesa.

²⁹⁴ Em relação aos estrangeiros, apesar do art. 5º, *caput*, CF/88 se referir apenas a estrangeiros residentes no Brasil, admite-se que o estrangeiro não residente possa evocar alguns direitos, como o habeas corpus, por exemplo, em função do fundamento da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...)”. Art. 5º, *caput*, CF: “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.”

²⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

nas suas relações com o Estado (eficácia vertical) e nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

A Constituição Federal de 1988 estabelece uma classificação, pois considera os direitos fundamentais como um gênero que tem como espécies: direitos individuais (Capítulo I, art. 5º); direitos sociais (Capítulo II, art. 6º e ss.); direitos de nacionalidade (Capítulo III, arts. 12 e 13); direitos políticos (Capítulo IV, art. 14 e ss).

Não há consenso a respeito da classificação jurídica da dignidade humana. Para alguns autores, a dignidade da pessoa humana seria um direito fundamental (Constituição alemã, art. 1.1). De acordo com uma outra concepção, a dignidade da pessoa humana não seria um direito fundamental, mas sim uma qualidade intrínseca de todo ser humano, independentemente de qualquer condição. Pelo simples fato de ser humano a pessoa teria dignidade.

Na Constituição Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana está no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É considerada como um valor constitucional supremo. Dessa maneira, a Constituição está impondo um dever de respeito, um dever de proteção e um dever de promoção²⁹⁶.

Existe uma íntima relação entre a dignidade e os direitos fundamentais, pois ela é o núcleo em torno do qual gravitam direitos que são reconhecidos como voltados a proteger e promover a dignidade, ou seja, todos os direitos fundamentais derivam de um ponto comum - a dignidade confere esse caráter unitário dos direitos fundamentais. Decorrem dela o direito à vida, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, entre outros. Na jurisprudência do STF, verifica-se que a dignidade humana é frequentemente usada como um vetor interpretativo, como um reforço argumentativo na interpretação de outras normas, o que significa que ela é utilizada como metanorma.

Existem diversas teorias voltadas à classificação dos direitos fundamentais. Entre elas, destaca-se a teoria do status, elaborada pelo publicista alemão Georg Jellinek, a qual apresenta as posições jurídicas em que o indivíduo se encontra em relação ao Estado, conforme a possibilidade de exercer determinado direito ou estar sujeito ao cumprimento de certo dever tido como fundamental pela norma

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.62.

constitucional. Ter clareza a respeito da posição em que o sujeito se encontra em relação ao Estado possibilita a compreensão de como devem ser concretizados e exigidos os direitos fundamentais, dando maior efetividade a tais direitos. Robert Alexy destaca a importância da teoria do status: *“O paradigma de uma teoria de posições globais abstratas é a teoria do status, de Jellinek. Sua análise aqui não se justifica somente por sua importância histórica como exemplo de uma grande construção jurídica, conceitual e teórica. Ela ainda tem grande relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais”* ²⁹⁷.

A teoria dos quatro status, de Jellinek, apresenta como posições ocupadas pelos indivíduos em relação ao Estado os seguintes status: negativo, positivo, passivo e ativo.

O status negativo configura-se quando o indivíduo possui liberdade para o exercício da sua personalidade sem ingerências estatais, dever de abstenção do Estado. Por exemplo, a liberdade de manifestação, independentemente de censura, é um status negativo, pois o Estado não pode censurar a liberdade do indivíduo. Já o status positivo é aquele no qual o indivíduo tem o direito subjetivo de exigir do Estado uma atuação positiva, tal como o cumprimento de determinada prestação em seu benefício e a formulação positiva de uma política pública ou a atuação dirigida à implementação de um direito (geralmente os direitos sociais)²⁹⁸.

O status passivo ocorre quando o indivíduo se encontra em posição de subordinação em relação aos poderes públicos, devendo cumprir deveres fundamentais perante o Estado devido ao determinado em uma norma constitucional ou legal. Já o status ativo se dá quando o indivíduo possui a capacidade de influenciar na formação da vida e da vontade política do Estado. Por exemplo os direitos políticos (direito de votar em representantes, plebiscito, referendo, iniciativa popular)²⁹⁹.

A classificação tripartida apresenta os direitos fundamentais como gênero que tem como espécies: direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação. Nota-se que apesar de o indivíduo ter quatro status, só há três direitos

²⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 258.

²⁹⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.268-269.

²⁹⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p. 268-269.

fundamentais, pois o primeiro status (status passivo) não confere direitos, mas sim deveres.

Os direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, de concepção liberal clássica, surgiram no final do século XVIII, com as primeiras Constituições escritas (EUA/1787 e França/1791). São os direitos civis e políticos que correspondem ao status negativo, logo, exigem uma abstenção do Estado. Assim, o Estado não pode interferir na liberdade de locomoção, na liberdade religiosa, no direito à vida, no direito de livre manifestação, entre outros.

Os direitos a prestações são aqueles que exigem prestações materiais e jurídicas por parte do Estado. Assim, possuem status positivo - o indivíduo tem a capacidade de exigir do Estado certas prestações - como o fornecimento de medicamentos, o acesso à educação, entre outros. Na Constituição Federal de 1988, os instrumentos previstos para que o indivíduo possa exigir prestações jurídicas quando o Estado se omite são o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Já para exigir as prestações materiais, há outros mecanismos, como o mandado de segurança ou ação ordinária.

Os direitos de participação, status ativo, são aqueles que asseguram ao indivíduo o direito de participar da vida política do Estado, tais como direito de votar, direito de ser votado, iniciativa popular de lei, plebiscito e referendo.

Os direitos fundamentais apresentam características típicas que são relevantes para identificá-los e distingui-los dos demais direitos.

Os direitos fundamentais são universais, ou seja, têm igual valor para todas as pessoas. De forma que basta a condição de ser pessoa para que se garantam tais direitos. Isso porque estão vinculados à dignidade da pessoa humana, o que leva à existência de um núcleo mínimo de proteção ao ser humano, que deve estar presente em toda e qualquer sociedade. Cumpre lembrar que há autores que criticam esse aspecto, dizendo que isso é uma tentativa de imposição da cultura ocidental às demais culturas – desrespeito ao multiculturalismo. Isso porque aquilo que os ocidentais entendem que é um núcleo mínimo de proteção pode ser entendido de maneira diferente por outras culturas.

A essencialidade é uma característica relevante dos direitos humanos, pois eles são essenciais por natureza e sob duplo aspecto: sob o aspecto formal, na ordem topográfica da Constituição, os direitos humanos encontram-se antes mesmo de se

tratar da estrutura de governo, poderes e administração; sob o aspecto material, uma vez que devido ao seu conteúdo são cláusulas pétreas.

A historicidade é uma característica dos direitos fundamentais. São direitos históricos por terem surgido em épocas diferentes e por terem seu conteúdo alterado com o passar do tempo. Os direitos vão surgindo conforme as necessidades sociais de cada época. O que pode ser constatado pela existência das gerações/dimensões de direitos fundamentais, que correspondem ao surgimento desses direitos nas Constituições. Primeiro consagraram os direitos de liberdade (1ª geração); depois consagraram os direitos sociais, ligados à igualdade material (2ª geração); depois surgiram os direitos ligados à solidariedade (3ª geração) e, por fim, os direitos de quarta e quinta gerações/dimensões.

Os direitos fundamentais são inalienáveis, isto é, eles não podem ser transferidos ou cedidos, onerosa ou gratuitamente (intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis). São também inesgotáveis ou inexauríveis - no ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula que afirma que os direitos humanos são inexauríveis está inscrita no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Assim, os direitos previstos na Constituição podem ser completados implícita ou explicitamente pelos tratados internacionais.

A imprescritibilidade dos direitos fundamentais significa que o decurso do tempo não faz com que tais direitos se percam - a qualquer momento os direitos podem ser exercidos.

A característica da irrenunciabilidade determina que tais direitos não admitem uma renúncia à sua titularidade, ou seja, nem mesmo o titular pode abrir mão deles ou conceder autorização para que outro os desrespeite. Isso porque esses direitos não possuem um caráter patrimonial.

Cumprir lembrar que a titularidade desses direitos é diferente do seu exercício. Quando se fala nas características de indisponibilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, isso significa que a titularidade do direito não pode ser atingida de uma forma total e perpétua, mas o exercício pode deixar de ocorrer de uma forma parcial e temporária (o participante de um *reality show* abre mão de seu direito à privacidade ao expor sua intimidade aos espectadores, por exemplo).

Os direitos fundamentais podem ser limitados, pois não existem direitos absolutos. Todos os direitos encontram limites em outros direitos também consagrados na Constituição. Isso porque a Constituição estabelece diversos direitos

e não determina uma hierarquia entre eles. Logo, no conflito entre direitos fundamentais, um deles pode ter sua aplicação restringida naquele caso concreto (limitação pontual e temporária).

Por fim, os direitos fundamentais não podem retroceder, o Estado é obrigado a proteger cada vez mais e melhor (efeito *cliquet*). O princípio da proibição do retrocesso impede a aplicação do critério cronológico (lei posterior derroga lei anterior). Há mitigações do princípio da especialidade (lei especial prevalece sobre lei geral). Em síntese, pelo princípio da vedação ao retrocesso, os critérios tradicionais de solução de antinomias não se aplicam quando se estiver diante de matéria afeta aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem sua eficácia estabelecida de acordo com o tipo de relação jurídica existente. Na relação entre particular e Estado a eficácia é vertical. Na relação entre dois particulares, a eficácia é horizontal.

Os direitos fundamentais, quando foram codificados, eram mecanismos de defesa do indivíduo contra o Estado, para que este não interviesse arbitrariamente nas vidas das pessoas. Essa relação é vertical: o indivíduo está subordinado ao Estado. Em razão da relação de subordinação entre indivíduo e Estado, quando um direito fundamental é oponível ao Estado, se diz que há uma eficácia vertical. Entretanto, com o passar do tempo, esses direitos fundamentais vão se modificando. Aos poucos, percebeu-se que a opressão aos indivíduos não vinha somente do Estado, mas também de particulares.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem como pressuposto a existência de uma relação entre particulares. Esses, em tese, se encontram no mesmo grau de hierarquia. Como em princípio não há uma subordinação entre dois particulares, ou seja, há uma relação de coordenação, a partir do momento em que um direito fundamental aplica-se a uma relação desse tipo, se fala em eficácia horizontal. Diversas teorias surgiram para explicar a eficácia dos direitos fundamentais.

A teoria da ineficácia horizontal, baseada na concepção liberal, sustenta que os direitos fundamentais não se aplicam às relações entre particulares pois isso desrespeitaria a autonomia da vontade. E argumentam que se os particulares não poderiam contratar aquilo que bem entendessem, a autonomia da vontade ficaria restringida pela aplicação dos direitos fundamentais. Além disso, há uma interpretação literal do texto da lei no sentido de que esses direitos se opõem somente ao Estado.

As origens da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais apontam para o ano de 1958, quando o “Caso Luth” foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Erich Luth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, conclamou os alemães a boicotarem o filme *Unsterbliche Geliebte*, de Veid Harlam, dirigido por Jud Süß e produzido no período do terceiro Reich. Veid Harlam e a distribuidora ingressaram com uma ação cominatória alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil Alemão (p. 826, BGB). A instância ordinária decidiu que Luth deveria se abster de conclamar o boicote ao filme por ferir o p.826 do BGB. Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional. A Corte Constitucional alemã julgou o recurso procedente por entender que o direito fundamental à liberdade de expressão deve prevalecer sobre a regra geral do Código Civil Alemão, que protegia a ordem pública. Considerado o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁰⁰.

A doutrina da “*state action*” procura contornar os argumentos dos defensores da teoria da ineficácia horizontal, notadamente que tais direitos se impõem apenas ao Estado e não há previsão normativa para aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por isso, partem do pressuposto de que a violação de direitos fundamentais só pode ocorrer por meio de uma ação estatal e com a finalidade de tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares utiliza-se do artifício de equiparar certos atos privados às ações estatais. Por exemplo: a Suprema Corte dos EUA, no caso *Marsh v. Alabama* (1946), considerou que uma pessoa distribuindo literatura religiosa na calçada de uma “cidade empresa” estava protegida pelos direitos da Primeira Emenda de liberdade de imprensa e religião e não poderia ser presa por transgressão. O caso envolveu uma mulher Testemunha de Jeová distribuindo publicações na “cidade da empresa” de Chickasaw, Alabama. Nesse caso, houve uma equiparação da empresa a um ente estatal e aplicou-se o direito à liberdade religiosa e de expressão³⁰¹.

³⁰⁰ SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins. Trad: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 381 e ss.

³⁰¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501** (1946). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/> > Acesso em 14 jul. 2022.

Para a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, os direitos fundamentais podem ser aplicados às relações entre os particulares. No entanto, esta aplicação poderá ocorrer apenas de forma indireta, por intermediação legislativa, como as cláusulas gerais de direito privado. A regra geral do direito privado seria a autonomia da vontade e os direitos fundamentais incidiriam somente em razão de cláusulas gerais desse próprio ramo do Direito autorizando sua incidência. São exemplos: boa-fé, liberdade contratual, entre outros. Essa foi a tese adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão na decisão do caso Luth. Isso porque entendeu que os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante sobre a interpretação do direito privado, mas não incidiriam diretamente nas relações privadas. O juiz precisa de uma lei que faça a intermediação entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares. Essa é a teoria atualmente adotada na Alemanha e é uma das teorias de maior prestígio³⁰².

Por outro lado, para a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações entre particulares, independentemente de intermediação legislativa. Apesar da aplicação direta, não se aplicam com tanta intensidade nas relações entre particulares como ocorre nas relações dos particulares com o Estado. Isso porque na aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares, esses direitos terão que ser ponderados com a autonomia da vontade. Essa teoria não foi aceita na Alemanha, mas, atualmente é a teoria majoritária na Espanha, na Itália, em Portugal e no Brasil³⁰³.

A ideia de conteúdo essencial tem por objetivo evitar que a concretização judicial ou administrativa e a regulação legal do exercício desnaturalize ou altere o direito fundamental reconhecido pela Constituição (trata da parte do direito que não pode ser violada). Tem previsão expressa na Constituição alemã e na espanhola. Já no Brasil não há previsão expressa, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é admitido por grande parte da doutrina e na jurisprudência do STF. Há um consenso de que todo direito fundamental tem um conteúdo essencial. A questão

³⁰² NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016,, p. 276-277.

³⁰³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.277.

é como determinar esse conteúdo. Para tanto, aplicam-se duas teorias: a absoluta e a relativa³⁰⁴.

A teoria absoluta parte da ideia de que os direitos fundamentais possuem um “núcleo duro” intransponível, cujos contornos devem ser bem definidos, através da interpretação. Mas esses direitos têm também uma zona periférica que poderia sofrer uma intervenção. Por outro lado, para a teoria relativa não existe uma barreira que seja intransponível. A definição daquilo que deve ser protegido irá depender das circunstâncias do caso concreto e das demais normas envolvidas. Por meio do princípio da proporcionalidade se determinará o conteúdo protegido. A intervenção que restringe o direito, para ser proporcional, deverá ser adequada, necessária e dotada de proporcionalidade em sentido estrito. Sendo compatível com a teoria dos princípios de Robert Alexy³⁰⁵.

As restrições aos direitos fundamentais são explicadas, principalmente, pela teoria interna e pela teoria externa. A primeira entende que os limites aos direitos fundamentais devem ser fixados por um processo interno ao próprio Direito, sem a influência de outras normas. Isso porque considera que tais direitos possuem a estrutura de uma regra, ou seja, têm sempre um caráter definitivo e nunca *prima facie*. Desse modo, não existe ponderação. Através da interpretação do direito é que serão definidos os limites imanentes ao direito. A segunda, compatível com a teoria dos princípios de Robert Alexy, primeiro identifica o conteúdo inicialmente protegido (direito *prima facie*) da forma mais ampla possível e depois estabelece os limites externos decorrentes da necessidade de conciliação com os outros direitos. As restrições não atingem o conteúdo abstrato dos direitos fundamentais, mas somente o seu exercício na situação concreta. Os defensores dessa teoria entendem que nenhum direito é absoluto³⁰⁶.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, por estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”,

³⁰⁴ BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 12-20.

³⁰⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.284.

³⁰⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016, p.286-287.

assume o papel de uma metanorma ou norma de 2º grau, que nada mais é do que norma que estabelece o modo de aplicação e interpretação de outras normas. Logo, não se trata de uma norma para resolver o caso concreto, mas para que se possa aplicar e interpretar outras normas.

Não há consenso entre os estudiosos do Direito a respeito da interpretação desse dispositivo. Para alguns, como Eros Grau³⁰⁷, esse dispositivo deve ser interpretado como uma regra (norma que deve ser aplicada na exata medida de suas prescrições). Entendem que todos os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados de forma imediata, ainda que não exista uma norma regulamentadora. Para outros, como Ingo Sarlet³⁰⁸, o art. 5º, § 1º, deve ser interpretado como um princípio (“mandamentos de otimização”, ou seja, normas que estabelecem que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes). De acordo com esse entendimento, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter uma aplicação imediata, na maior medida possível (máxima efetividade).

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que além dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, poderão existir outros consagrados implicitamente ou mesmo em outros documentos internacionais. Portanto, direitos e garantias constitucionais não são apenas aqueles expressos na CF/88, pois tal dispositivo adota uma concepção material dos direitos fundamentais (identificados não apenas pela sua forma, mas também pelo seu conteúdo). Constatase que a razoabilidade é considerada um princípio implícito na CF/88. E, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica é um tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal³⁰⁹, que consagra direitos fundamentais.

³⁰⁷ GRAU, Roberto Eros. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988, pp. 128-129.

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.53.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Cezar Peluso. Data do julgamento: 3/12/2008. Data da publicação: 05/06/2009. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>. Acesso em 17. jul. 2022. Segundo a jurisprudência do STF, no ordenamento jurídico brasileiro, existem três hierarquias com relação aos tratados internacionais: 1) Tratados internacionais de direitos humanos (aprovados por 3/5 em dois turnos de votação). Tem o mesmo nível hierárquico de uma emenda à Constituição. Há dois requisitos formais: a) apenas os tratados que tratam de direitos humanos podem ter esse nível hierárquico; b) somente se for aprovado por 3/5, em dois turnos. Após o presidente celebrar o tratado, a segunda fase é a

O artigo 5º, § 3º, da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados com quórum qualificado e mesmo procedimento da emenda constitucional, passam a ter o status de emenda constitucional. Esse procedimento de aprovação dos tratados é o mesmo procedimento de aprovação das emendas constitucionais, por isso eles são equivalentes às emendas, possuem a mesma posição hierárquica.

3.7 O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Os direitos fundamentais encontram-se positivados na ordem jurídica interna do país. Trata-se da proteção interna, nacional, dos direitos da pessoa. Não existe direito fundamental no plano internacional. A Constituição Federal do Brasil de 1988 adotou essa terminologia, pois seu Título II é “Dos direitos fundamentais” e, quando se refere aos tratados internacionais, fala em direitos humanos³¹⁰.

A República Federativa do Brasil, um Estado Democrático de Direito, apresentou o direito de liberdade religiosa no artigo 5º, VI, VII e VIII, da Constituição como um direito fundamental assegurado a todos no país. Além disso, o referido direito é abordado nos arts. 19, I; 143, § 1º; 150, VI, “b”, 213 e 226, § 2º da Constituição.

O texto Constitucional respeitou os princípios do Estado de Direito, da democracia, da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, das liberdades fundamentais, da igualdade e da tolerância. A liberdade de religião engloba três tipos distintos, porém relacionados, de liberdades: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

aprovação pelo Congresso Nacional. A terceira fase é a incorporação ao nosso ordenamento jurídico. Para isso, o presidente deve editar um decreto. 2) Tratados internacionais de direitos humanos (aprovados pelo procedimento comum, pela maioria relativa - art. 47 da CF). Esses tratados têm status supralegal, ou seja, estão acima da lei. No entanto, estão abaixo da CF/88, por exemplo, Pacto de São José da Costa Rica (foi aprovado por maioria relativa, mas como é um tratado internacional de direitos humanos, segundo o STF, ele tem um status supralegal - RE 466.343). 3) Tratados internacionais que não tratam de direitos humanos (art. 47, CF) - eles são equivalentes às leis ordinárias.

³¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p.29

O direito de liberdade religiosa possui uma dimensão interna, que é do indivíduo, que diz respeito à proteção à liberdade de pensamento, de consciência e de crença, e uma dimensão externa, que diz respeito ao direito de exercício dos cultos e liturgias coletivamente e em locais públicos.

O artigo 5º, VI, da Constituição de 1988 protege o direito de liberdade religiosa na dimensão interna e externa, ou seja, reconhece o direito das pessoas manifestarem sua religião ou crença individualmente ou em comunidade, tanto pública como privadamente. O dispositivo constitucional garante o livre exercício dos cultos religiosos, mas estabelece uma cláusula de reserva legal para o exercício dos cultos religiosos e suas liturgias. Apesar de não haver especificação constitucional sobre a matéria a ser abordada na cláusula de reserva legal, observa-se no art.12.3 do Pacto de São José da Costa Rica que as limitações ao direito de manifestação religiosa previstas em lei são as necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde e a moral públicas e os direitos fundamentais e liberdades das outras pessoas.

O artigo 5º, VI, da Constituição de 1988 protege três liberdades: a liberdade de consciência, que é a mais ampla delas, pois abrange as convicções religiosas, filosóficas e políticas; a liberdade religiosa (liberdade de crença) e a liberdade de culto (art. 150, VI, “b”, CF: os templos gozam de imunidade tributária). O culto é uma exteriorização da liberdade de crença e pode ser realizado em locais privados ou públicos.

O artigo 5º, VII, da Constituição Federal de 1988 assegura a assistência religiosa para aqueles que se encontram em entidades de internação coletiva. Ou seja, se o indivíduo está internado em um hospital, em um quartel das forças armadas ou em uma prisão tem direito ao exercício de sua religião e, para tanto, é permitido que os líderes religiosos prestem assistência nesses estabelecimentos, desde que respeitadas as regras da instituição de internação coletiva. Esse dispositivo constitucional estabelece o direito à assistência religiosa e deixa para a lei regulamentar seu funcionamento na prática. A lei 9.982/2000³¹¹ regulamenta, de forma geral, a assistência religiosa e a lei 6.923/1981³¹², recepcionada pela Constituição de

³¹¹ BRASIL. Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9982.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

³¹² BRASIL. Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6923.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

1988, aborda tal assistência dentro das organizações militares. A Lei de Execução Penal, lei 7.210/1984³¹³, em seu artigo 24, assegura a assistência religiosa aos presos.

O direito fundamental à assistência religiosa possibilita à pessoa que está longe da família, dos seus amigos e dos seus locais de cultos religiosos o suporte das entidades religiosas e de seus representantes dentro do ambiente de internação coletiva. E, ainda, tem cooperado para a ressocialização dos presos e ex-detentos³¹⁴.

A escusa de consciência está prevista no artigo 5º, VIII, da Constituição Federal de 1988 e diz respeito ao direito do indivíduo de se recusar a cumprir certa obrigação ou praticar determinado ato por contrariedade às suas crenças religiosas ou às suas convicções filosóficas. De acordo com o dispositivo, caso a pessoa se recuse a cumprir obrigação legal a todos imposta, deverá realizar prestação alternativa fixada em lei. Entretanto, se o indivíduo se recusar a cumprir a prestação alternativa poderá ter seus direitos políticos suspensos, nos termos do artigo 15, IV da CF/88.

Assim, no caso da pessoa, por convicções religiosas ou filosóficas, se recusar ao alistamento militar por não querer prestar os serviços essencialmente militares, tais como treino com armas de fogo e simulação de batalhas – deverá cumprir os serviços alternativos (art.143, § 1º, CF/88). Nesse caso, a prestação alternativa é definida nos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da lei 8.239/91³¹⁵.

Outra hipótese de objeção de consciência prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a participação como jurado no Tribunal do Júri – que é obrigatória de acordo com o artigo 436 do Código de Processo Penal³¹⁶. A pessoa sorteada para ser jurada pode fazer a alegação de imperativo de consciência por tal função ser contrária a sua religião ou convicções filosóficas. Nesse caso deverá prestar um serviço alternativo conforme dispõe o artigo 438 do CPP.

³¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

³¹⁴ COSTA, Bruno Moraes; SANTOS, Francisco de Assis Souza. **Ressocialização mediada pela assistência religiosa: direito dos encarcerados no sistema penitenciário**. Revista Eletrônica de Teologia e Ciências das Religiões. ISSN 2358-3037. 28 p. Disponível em <https://revista.fuv.edu.br/index.php/unitas/article/view/615/523>. Acesso em 05 jul. 2022.

³¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8239.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

³¹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022.

Em 2019 a lei nº 13.796/2019³¹⁷ acrescentou o art.7º-A à lei 9.394/96³¹⁸ e passou a prever a possibilidade de alteração de datas de provas e de aulas, em qualquer instituição pública ou privada quando tais atividades forem marcadas para os dias de guarda religiosa. Essa alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação possibilita que até mesmo o aluno do ensino superior tenha o direito de se ausentar da prova ou da aula nos dias de guarda religiosa e tais atividades serão reagendadas para outra data.

O Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário 611874/DF³¹⁹, com repercussão geral, possibilitou a fixação de outras datas e horários de prova para candidatos de concursos públicos que se recusem a cumprir as determinadas pelo edital por motivo de crença religiosa. Para tanto é preciso observar três requisitos: razoabilidade da alteração, preservação da igualdade entre todos os candidatos e não acarretar ônus desproporcional à Administração Pública.

O Estado Brasileiro adota uma posição neutra em relação à religião, ou seja, procura ser imparcial – não apoiando e nem discriminando qualquer religião. De acordo com o texto Constitucional, há uma separação entre Estado e religião, não foi adotada uma religião oficial e o Estado tem o dever de proteger e garantir o livre exercício de todas as crenças.

O Brasil é tido como um Estado laico, pois exige que os Poderes Públicos atuem com neutralidade em relação às diversas concepções religiosas, de forma a assegurar o pluralismo. Assim, não pode favorecer quaisquer religiões e nem prejudicá-las. Por isso é proibido ao Estado estabelecer igrejas ou cultos religiosos. A colaboração, no entanto, é permitida (art. 19, I, CF/88).³²⁰ A laicidade (neutralidade

³¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.796, de 3 de janeiro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13796.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

³¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 23 abr. 2022.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE611.874/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Dias Toffoli e Relator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin. Repercussão Geral – tema 386 (info 100). Data do Julgamento 19.11, 25/11 e 26/11/2020. Publicado em: 12.04.2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192153598/recurso-extraordinario-re-611874-df>. Acesso em 21 de abr. 2022. “*Nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.*”

³²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art.19, I: “É

em relação às religiões) não se confunde com o laicismo (espécie de anti religiosidade).

O Estado brasileiro não é antirreligioso, ele reconhece a importância da religião, tanto é que o art.19, I da CF/88 reconhece a possibilidade de cooperação entre o Estado e instituições religiosas. Ou seja, não se trata de um Estado ateuista (que nega a existência de Deus) – o que pode ser constatado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988³²¹.

Jürgen Habermas afirmou que em um Estado secular (ou laico) ou não confessional, ambos sem religião oficial, o exercício de um poder que não consegue justificar-se de forma imparcial é ilegítimo. Na esfera pública, os argumentos devem ser imparciais, assim, o argumento puramente religioso não deve ser admitido em tal esfera. Para o argumento religioso entrar no debate na esfera pública, ele deve ser transformado em um argumento racionalmente justificável. Por exemplo, para vedar a legalização do aborto, não pode ser utilizado o argumento de que a lei de Deus não o permite. No entanto, pode-se dizer que a vida é protegida desde a concepção³²².

O Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que uma norma que impunha a colocação de crucifixos em locais públicos, como escolas, violava a neutralidade religiosa do Estado. O argumento utilizado por Ronald Dworkin³²³

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. "

³²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Preâmbulo: *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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."*

³²² HABERMAS, Jürgen. **Um diálogo sobre Deus e o mundo**. Era das Transições. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 197-220.

³²³ DWORKIN, Ronald. **Religião sem Deus**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, pp 112-118. *"Posso agora propor uma hipótese. Os problemas que encontramos para definir a liberdade religiosa decorrem da tentativa de conservar esse direito como direito especial e, ao mesmo tempo, fazer uma separação entre a religião e a ideia de Deus. Talvez devamos considerar a possibilidade de abandonar a ideia de um direito especial à liberdade religiosa, com o alto grau de proteção oferecido por ele e a consequente necessidade cogente de que se tenha limites rigorosa e cuidadosamente definidos. Devemos, em vez disso, tentar aplicar à matéria tradicional desse suposto direito somente o direito mais geral à independência ética. A diferença entre as duas abordagens é importante. O direito especial fixa a nossa atenção no tema em questão, ou seja, o direito especial à liberdade religiosa declara que o Estado não deve coibir de maneira nenhuma o exercício da religião, exceto num caso extraordinário, de emergência."*

baseou-se na ideia do direito geral à independência ética, na qual uma sociedade secular tolerante – o Estado não deve estar oficialmente comprometido com o ateísmo, nem com qualquer religião – não deve tolerar qualquer referência religiosa ou antireligiosa em cerimônias oficiais ou em declarações políticas. Não deve considerar ilegal símbolos religiosos, mas também não deve instalar ou permitir que se instalem tais símbolos em qualquer propriedade pública.

No Brasil, os tribunais possuem crucifixos. Nos últimos tempos, foram feitos pedidos de providência junto ao CNJ para a retirada dos crucifixos. O CNJ entendeu que os crucifixos são símbolos tradicionais e culturais do povo brasileiro e não apresentam apenas o caráter religioso, por isso, sua colocação em locais públicos, como tribunais, não viola a neutralidade do Estado³²⁴.

Atualmente, está sendo apreciado no STF o recurso extraordinário com agravo nº 1.249.095/SP³²⁵, que teve a repercussão geral reconhecida, a partir de uma ação civil pública ajuizada pelo MPF que questiona a presença de símbolos religiosos em prédios públicos sob alegação de afronta à garantia do Estado laico.

O direito geral à independência ética, pelo contrário, chama a nossa atenção para a relação entre o Estado e os cidadãos: limita as razões que o governo pode oferecer para coibir, de qualquer forma que seja, a liberdade um cidadão no sentido geral. (...) Repito, assim, nossa pergunta: acaso o direito geral à independência ética nos dá a proteção que, mediante reflexão, parece-nos necessária? Esse direito geral protege o núcleo histórico da liberdade religiosa. Condena qualquer discriminação ou oficialização explícita que pressuponha – como inevitavelmente pressupõe qualquer discriminação desse tipo – que uma variedade de fé religiosa é superior às outras quanto à sua veracidade ou à sua virtude, ou que uma maioria política tem o direito de favorecer determinada religião, ou, ainda, que o ateísmo é o pai da imoralidade (...). Voltemos a questão do peiote e dos rituais. Quando a Suprema Corte decidiu que a Primeira Emenda não exige que se abra uma exceção para a Igreja Nativa Americana, o Congresso, escandalizado, aprovou a Lei de Restauração da Liberdade Religiosa, que partia do princípio que a decisão da Corte estava errada. Será que o Congresso tinha razão? Se avaliarmos a decisão da Corte segundo o direito mais geral à independência ética, não. O direito geral não protege o uso de uma droga alucinógena proibida quando esse uso ameaça o bem-estar geral da comunidade (...). A independência ética efetivamente condena a ostentação oficial das insígnias de religiões organizadas nas paredes dos tribunais ou repartições públicas, a menos que tais insígnias tenham sido esvaziadas de todo significado religioso, conservando apenas seu sentido cultural ecumênico (...). “

³²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diário da Justiça. Edição nº 107/2016. Brasília-DF, disponibilização sexta-feira, 24 de junho de 2016. “(...) Diante dos fundamentos acima expostos, verifica-se que a presença de Crucifixo ou símbolos religiosos em um tribunal não exclui ou diminui a garantia dos que praticam outras crenças, também não afeta o Estado laico, porque não induz nenhum indivíduo a adotar qualquer tipo de religião, como também não fere o direito de quem quer seja. ” Disponível em https://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ107_2016-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO. Acesso em 16 jul. 2022.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.249.095/SP**. Relator min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em 16 jul. 2022.

Cumprir lembrar que dizer que o Estado Brasileiro é laico não significa que seja um Estado ateu/antirreligioso (Estado que nega a existência de Deus). A Constituição Federal de 1988 refere-se à proteção de Deus no seu preâmbulo³²⁶. E o Deus Cristão é reconhecido pela maioria esmagadora da população brasileira (88,82% Cristã – último censo)³²⁷. A Constituição de 1824 antes do seu título 1º diz: “Em nome da Santíssima Trindade”³²⁸. E, ainda, as Constituições de 1934³²⁹, 1946³³⁰, 1967³³¹ e a Emenda Constitucional nº1/1969³³² fazem menção a Deus no seu preâmbulo. Observa-se que a menção à proteção de Deus foi feita em diversas Constituições Brasileiras ao longo da história do país e isso se dá porque Deus está presente na formação, na tradição e na cultura do povo brasileiro.

³²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Preâmbulo: “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.”

³²⁷ BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107?detalhes=true>. Acesso em 20 jan. 2022.

³²⁸ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022. EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE. TITULO 1º Do Império do Brazil, seu Território, Governo, Dynastia, e Religião”.

³²⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte”.

³³⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte”.

³³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Preâmbulo: “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em 16 de jul. 2022.

³³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM.htm. Acesso em 11 fev. 2022. Preâmbulo: “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte”.

A colonização do Brasil se deu a partir da missão que Portugal assumiu de apresentar a Igreja Católica Apostólica Romana a todos os povos que viviam em suas colônias. O primeiro nome do Brasil foi Terra de Santa Cruz e a bandeira brasileira possuía a Cruz da Ordem de Cristo e o primeiro ato solene realizado foi a Santa Missa. Não permitir que os símbolos religiosos cristãos estejam presentes na repartição pública é desrespeitar a história, a cultura a formação e a identidade do povo brasileiro. É fundamental respeitar a fé, a história, a cultura e a tradição de um povo.

O artigo 150, VI, 'b' da Constituição Federal de 1988³³³ estabelece a imunidade de impostos para templos de qualquer culto. Tal imunidade é indissociável da liberdade religiosa, pois o indivíduo tem o direito de professar a sua fé e participar dos seus cultos sem qualquer ônus financeiro imposto pelo Estado. Nesse sentido afirma o tributarista Marcos André Ramos³³⁴:

Essa imunidade tem ligação com o princípio constitucional da liberdade de crença religiosa. Afinal, de que adiantaria essa garantia constitucional, se os fiéis tivessem que desembolsar impostos. Seria assegurar um direito que os indivíduos não conseguiriam exercer por não terem dinheiro disponível. Assim, o imposto não será impedimento para o exercício das congregações religiosas. Em virtude de essas instituições não terem finalidade lucrativa, a oneração de impostos recairia efetivamente sobre os fiéis, retirando recursos das finalidades sociais para aumento da arrecadação estatal. Além do mais, a carga tributária recairia de maneira mais intensa sobre os cultos religiosos com menor número de integrantes, uma vez que os encargos tributários da entidade religiosa seriam divididos por uma quantidade menor de pessoas.

O artigo 210, § 1º, da Constituição de 1988³³⁵, que prevê a possibilidade de ensino religioso (confessional) em escolas públicas, determina que a matéria deve ser regulada por lei. A lei de diretrizes e bases da educação, lei 9.394/96³³⁶,

³³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

³³⁴ VIEIRA, Marco André Ramos. **Direito Tributário Definitivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.113.

³³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

³³⁶ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 23 abr. 2022. Art. 33. *“O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o*

regulamentou o dispositivo constitucional em seu artigo 33, que determina: ensino religioso facultativo ocorre nos horários normais de aulas das escolas públicas do ensino fundamental e assegura o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil.

No ano de 2008, dando cumprimento ao art.19, I, CF/88 – cooperação entre Estado e Entidade Religiosa – o país assinou um acordo com a Santa Sé, aprovado pelo decreto legislativo 698/2009³³⁷ e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto 7.107/2010³³⁸. A ADI 4439/DF³³⁹ foi proposta com o intuito de questionar o acordo firmado entre o Estado brasileiro e a Santa Sé – seu objeto é o art. 11, §1º do Decreto n. 7107/2010 que dispõe: “*O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (...)*”. O STF declarou a constitucionalidade do art. 11, §1º do Decreto n. 7107/2010, pois entendeu que qualquer religião pode firmar acordo com o Estado Brasileiro, como o feito pela Santa Sé, e promover o ensino confessional facultativo nas escolas públicas. Entendeu que é a instituição religiosa que está promovendo o curso que decide o conteúdo das aulas, não cabe ao Estado elaborar um conteúdo único e oficial para o ensino religioso.

O artigo 213 da Constituição Federal de 1988 estabelece que os recursos públicos da educação são, em regra, para as escolas públicas, mas podem ser destinados às instituições privadas confessionais, filantrópicas e comunitárias. Desde que tais entidades não visem lucro, que invistam o excesso de capital em educação e, se vierem a fechar, deixem o seu patrimônio para a própria Instituição privada de

respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. ”

³³⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº 698, de 7 de outubro de 2009. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-698-7-outubro-2009-591628-publicacaooriginal-116679-pl.html>. Acesso em 15 jul. 2022.

³³⁸ BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. **Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em 23 abr. 2022.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI4439/DF** Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Roberto Barroso e Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento 27.09.2017. Publicado em: 21.06.2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 23 abr. 2022.

ensino ou ao Poder Público. Assim, esse dispositivo constitucional dá cumprimento ao art.19, I da CF/88 quando traz a possibilidade de cooperação entre a Igreja e o Estado³⁴⁰. Segundo José Afonso da Silva³⁴¹:

O Estado Brasileiro é um Estado laico. A norma-parâmetro dessa laicidade é o art. 19, I, que define a separação entre Estado e Igreja. Mas como veremos ao comentá-lo, adota-se uma separação atenuada, ou seja, uma separação que permite pontos de contato, tais como a previsão de ensino religioso (art. 210, §1º), o casamento religioso com efeitos civis (art. 226, §2º) e a assistência religiosa nas entidades oficiais, consubstanciada neste dispositivo. Enfim, fazem-se algumas concessões à confessionalidade abstrata, porque não referida a uma confissão religiosa concreta, se bem que ao largo da história do país o substrato dessa confessionalidade é a cultura haurida na prática do Catolicismo.

O artigo 226, § 2º da Constituição de 1988³⁴² estabelece que o casamento³⁴³ religioso tem efeitos civis na forma que a lei estabelecer. Esse dispositivo constitucional e a Emenda Constitucional nº 66/2010³⁴⁴ deram uma natureza jurídica contratualista ao casamento. O artigo 1516, § 2º do Código Civil de 2002³⁴⁵, com intuito de dar amplo efeito ao casamento religioso, possibilitou o

³⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art. 213. “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. § 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 85, de 2015) ”.

³⁴¹ SILVA, Afonso José. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.97.

³⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

³⁴³ O casamento pode ser entendido como a união formal e solene entre duas pessoas para a constituição de uma família com eficácia contra todos.

³⁴⁴ BRASIL. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 15 jul. 2022.

³⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 16 de jul. 2022. Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil. § 1º o

reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso celebrado sem ter cumprido as formalidades legais.

3.8 TRATAMENTO JURÍDICO DAS RELIGIÕES NA ESPANHA

A liberdade religiosa é um direito fundamental de professar determinada religião, de forma privada e pública. Os titulares desse direito são o indivíduo e as coletividades³⁴⁶.

A primeira Constituição Espanhola, do início do século XIX, já estabelecia a forte ligação entre a Espanha e a Igreja Católica. Foi promulgada em 1812 em Cádiz, por isso ficou conhecida como Constituição de Cádiz. O capítulo II abordou a religião e em seu único artigo (12) estabeleceu que: *“A religião da nação espanhola é e será perpetuamente a católica, apostólica, romana, única verdadeira. A Nação a protege por leis sábias e justas, e proíbe o exercício de qualquer outra”*³⁴⁷ (tradução nossa). Observa-se que a religião católica foi adotada como a oficial do Estado Espanhol, que a protege por meio de suas leis e há proibição expressa ao exercício de qualquer outra religião.

A Constituição da Monarquia Espanhola de 1837 pode ser considerada simbiótica (reunião de princípios progressistas e moderados), sincrética e elástica (muitas matérias foram deixadas para o legislador ordinário). O sincretismo pode ser constatado no único artigo (11) que aborda as relações entre o Estado e a Igreja católica: *“a nação se obriga a manter o culto e os ministros da religião católica que*

O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532. § 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil. ”.

³⁴⁶ SANCHO, J. Mantecón. **El derecho fundamental de libertad religiosa**. Ed. Pamplona, 1996, p.53-69.

³⁴⁷ ESPANHA. **Constitución Española de 1812**. Disponível em <https://www.congreso.es/en/web/guest/cem/const1812>. Acesso em 07 fev. 2022. CAPÍTULO II – *“De la religion. Art.12. La religion de la Nacion española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nacion la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”*.

professam os espanhóis”³⁴⁸(tradução nossa). O artigo não adota a religião católica como sendo a Oficial do Estado Espanhol e não consagra a liberdade religiosa. Isso porque procura ficar no meio termo entre os moderados (que querem o Catolicismo como religião oficial) e os progressistas (que almejam a liberdade religiosa).

A Constituição da Monarquia da Espanha de 1845 possui caráter moderado e em seu artigo 11 estabelece: “*A religião da Nação Espanhola é a católica, apostólica, romana. O Estado se obriga da manter o culto e seus ministros*” ³⁴⁹(tradução nossa). Observa-se que o único artigo que trata das relações entre Estado e Igreja na Constituição de 1845 não proíbe qualquer outra prática religiosa. Assim, a Constituição de 1845 retoma a de 1812 quanto ao fato da Espanha voltar a ser um Estado Confessional Católico, mas não proíbe expressamente a prática de outras religiões – o que havia sido feito na Constituição de 1812.

A segunda parte do artigo 11 da Constituição de 1845 afirma que o Estado assume de forma expressa a manutenção financeira dos ministros e dos cultos católicos. Isso poderia ser explicado como uma forma de compensação financeira pelas leis de desamortização³⁵⁰ espanholas que retiraram bens que até então pertenciam a Igreja Católica.

Observa-se que os moderados queriam reestabelecer o vínculo com a Igreja Católica, por isso, o artigo 11 da Constituição de 1845 estabeleceu que o Estado espanhol volta adotar o Catolicismo como religião oficial e ainda se compromete em sustentar os membros do clero e os cultos católicos. A proximidade da Espanha e a Igreja Católica interessava ao Estado, que queria que Roma reconhecesse Isabel II

³⁴⁸ ESPANHA. **Constitución de la Monarquía Española año 1837**. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf. Acesso em 07 fev. 2022. Art.11: “*La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles*”.

³⁴⁹ ESPANHA. **Constitución de la Monarquía Española año 1845**. Disponível em https://www.senado.es/web/conocersenado/senadohistoria/senado18341923/Constitucion1845/detalle/index.html?id=18450523_CONSTITUCION. Acesso em 07 fev. 2022. Art.11: “*La religión dela Nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros*”.

³⁵⁰ Desamortização é transformação dos bens que estão fora do mercado em terras e edifícios que pudessem ser comercializados. Começou na Espanha com Godoy (1798), medida intensificada por Mendizábal (Decretos 1835/1836), até 1924. Na Espanha, esses bens fora de mercado pertenciam, em sua maioria, à igreja católica. Em 1835, foi emanado um conjunto de decretos e ordens reais, do ministério da fazenda e do ministério da graça e justiça, que extinguiram ordens religiosas como a companhia de Jesus, mosteiros, conventos e igrejas e, transformaram todos esses bens em nacionais. Outro decreto de 1836 do Ministério da Fazenda promove a venda desses novos bens nacionais. GILABERT, Francisco Martí. **La Desamortización española**. Madrid: Ediciones RIALP, 2003, pp.43-44.

como legítima herdeira do trono e apoiasse o regime político instaurado pela rainha em 1833.

A concordata de 1851, estabelecida entre a Espanha e a Igreja Católica, teve por objetivo estabelecer novos termos de aproximação entre Estado e a Igreja. No seu primeiro artigo³⁵¹, estabelece que a religião católica é a única oficial da nação espanhola (o artigo 11 da Constituição de 1845 não usou o termo única – só disse que o Catolicismo era a religião oficial da Espanha). A educação na Espanha, em geral, estava aos cuidados da Igreja Católica (artigo 2º ³⁵²). Do primário ao universitário, público ou privado, o ensino deve estar de acordo com a doutrina do Catolicismo e, ainda, os bispos cuidariam da educação dos jovens e estabeleceriam os parâmetros da doutrina, da fé, dos costumes católicos a serem seguidos nas Instituições de Ensino.

A Constituição da Espanha de 1869 pode ser vista como uma consequência da Revolução Gloriosa de 1868 e da queda da Rainha Isabel II. Considerada a primeira Constituição democrática da Espanha, inspirada na de 1812, porém mais moderna e liberal por incorporar os interesses da classe média progressista. Os princípios presentes na Constituição de 1869 são: a forma de Estado é monarquia democrática, soberania nacional, liberalismo progressista, expressa separação dos poderes (legislativo, executivo, do rei e dos tribunais de justiça), sistema bicameral com Senado e Congresso, ampla declaração de direitos individuais prevendo liberdade de crença e culto, de expressão, de imprensa, de associação e reunião, entre outros.

No tocante à esfera religiosa, a liberdade de culto foi expressamente reconhecida, embora tenha sido dada preferência ao Catolicismo. Pela primeira vez, os espanhóis não católicos tiveram expressamente assegurado o direito de professar

³⁵¹ESPAÑA. **Concordato de 1851**. Disponível em <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/concordato1851>. Acesso em 08 fev. 2022. Artículo 1.º “La religión Católica Apostólica Romana, que, con exclusión de cualquier otro culto, continúa siendo la única de la nación española, se conservará siempre en los dominios de S. M. católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar, según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones.”

³⁵² ESPAÑA. **Concordato de 1851**. Disponível em <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/concordato1851>. Acesso em 08 fev. 2022. “Art. 2.º En su consecuencia, la instrucción en las universidades, colegios, seminarios y escuelas públicas o privadas de cualquiera clase será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica, y a este fin no se pondrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos, encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina, de la fe, de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud en el ejercicio de este cargo, aun en las escuelas públicas.”

outra religião. Artigo 21 da Constituição de 1869: *"A Nação se obriga a manter o culto e os ministros da religião católica. O exercício público ou privado de qualquer outro culto está garantido a todos os estrangeiros residentes na Espanha, sem mais limitações a não ser pelas regras universais da moral e do direito. Se alguns espanhóis professam outra religião do que a católica, é aplicável a eles todas as disposições do parágrafo anterior"*³⁵³ (tradução nossa).

A Constituição de 1876, conservadora, flexível, sintética (determina que a lei ordinária regule diversas matérias), soberania compartilhada (rei e cortes), parlamento bicameral (congresso e senado), não reconhece claramente a divisão dos poderes, apenas fixou que o Rei exerceria o poder executivo (artigo 50) e o Parlamento teria o poder de elaborar as leis em conjunto com o rei (artigo 18). Em relação aos Direitos e Liberdades, em geral, foram mantidos aqueles assegurados na Constituição de 1869, só que agora como uma norma constitucional de eficácia limitada que depende da regulamentação por meio da legislação infraconstitucional para que possa ter eficácia plena.

No plano religioso, a Constituição de 1876, assim como a de 1869, continua a estabelecer que a religião católica apostólica romana é a oficial do Estado e este continuava com a obrigação de manter financeiramente os ministros e os cultos católicos. Apresentou tolerância religiosa quando fixou que ninguém poderia ser incomodado na Espanha por suas opiniões religiosas e nem pelo exercício do seu culto religioso em caráter privado, ressalvando que, em todos os casos, deveriam manter o respeito à moral cristã. Somente a religião oficial do Estado, católica, poderia apresentar manifestações públicas. Artigo 11:

A religião católica, apostólica, romana é a do Estado. A Nação compromete-se a manter o culto e seus ministros. Ninguém será incomodado no território espanhol por suas opiniões religiosas ou pelo exercício do seu respectivo culto, exceto pelo respeito devido à moralidade cristã. Não se permitirão, contudo, outras cerimônias ou

³⁵³ ESPANHA. **Constitución Democrática de la Nación Española**. Promulgada el día 8 de junio de 1869. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf. Acesso em 08 fev. 2022. Art. 21. *"La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantido a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior."*

manifestações públicas do que as da religião do Estado³⁵⁴ (tradução nossa).

A intensificação do processo de laicização do Estado coincidiu com a chegada ao poder dos republicanos aliados aos anarquistas, socialistas e comunistas, que elaboraram a Constituição da República Democrática dos Trabalhadores, em 1931, que afirmou organizar-se em um regime de liberdade e justiça.

A Constituição de 1931, nas relações entre Estado e Igreja estabeleceu em seu artigo 3³⁵⁵, o abandono do Estado confessional e no artigo 27³⁵⁶ estabeleceu a liberdade de crença e o direito de praticar livremente qualquer religião, porém, todas as manifestações religiosas públicas tinham que ser autorizadas pelo governo. Os cemitérios estariam submetidos apenas à legislação civil e não poderia haver separação de gabinetes por razões religiosas. E, ainda, ninguém poderia ser compelido a declarar oficialmente suas crenças religiosas. O Estado passou a ver a religião como um aspecto pessoal e da esfera individual das pessoas e que elas não poderiam ser compelidas a se pronunciar a respeito de sua religião.

O artigo 26³⁵⁷ da Constituição de 1931 gerou intenso debate e oposição da direita espanhola, que resolveu se unir para defender a Igreja Católica. Nesse sentido,

³⁵⁴ ESPANHA. **Constitución Española de 1876**. Disponível em https://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre_018546.pdf. Acesso em 08 fev. 2022. Artículo 11: “*La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado.*”

³⁵⁵ ESPANHA. **Constitución Española de 1931**. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf. Acesso em 10 fev. 2022. Art.03.” *El Estado español no tiene religión oficial.*”

³⁵⁶ ESPANHA. **Constitución Española de 1931**. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf. Acesso em 10 fev. 2022. Art.27.”*La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos. Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas. La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros.*”

³⁵⁷ ESPANHA. **Constitución Española de 1931**. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf. Acesso em 10 fev. 2022. Art.26. “*Todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial. El Estado, las regiones, las provincias y los Municipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas. Una ley especial regulará la total*

Raymond Carr leciona: “(...) *não foram o radicalismo democrático e nem o idealismo social da Constituição, senão suas cláusulas religiosas, abordadas no artigo 26, as que enfureceram a oposição, dividiram o Governo e criaram a possibilidade de uma união da direita para defender uma igreja perseguida*”³⁵⁸ (tradução nossa).

O referido artigo considerou que as organizações religiosas são meras associações e não seria possível obter qualquer ajuda econômica para elas. Dissolveu as ordens religiosas que tivessem voto de obediência a outra autoridade que não o Estado espanhol. Por exemplo, a ordem jesuíta, católica, que devia obediência à autoridade do Papa, foi dissolvida e seus bens foram nacionalizados.

E, ainda, o artigo 26 determina que as ordens religiosas seriam submetidas a uma lei especial votada pelas Cortes Constituintes e que deveria ter os seguintes termos: dissolução das ordens religiosas que por suas atividades pudessem constituir um perigo à segurança do Estado; as ordens religiosas que fossem mantidas na Espanha deveriam ser submetidas a um registro especial no Ministério da Justiça; proibição a que as instituições religiosas adquirissem a propriedade de mais bens do que os necessários a sua sobrevivência; proibição que organizações religiosas exercessem a educação, indústria e comércio; obrigação de prestação de contas anuais ao Estado quanto aos investimentos dos ativos em relação aos propósitos da associação; as propriedades das ordens religiosas poderiam ser nacionalizadas.

A reformulação do ordenamento jurídico espanhol realizada pelos republicanos, quanto às relações do Estado com as instituições religiosas, foi considerada muito ambicioso para a realidade social da sociedade espanhola da

extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Clero. Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes. Las demás Órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustada a las siguientes bases: 1ª. Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado. 2ª. Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependientes del Ministerio de Justicia. 3ª. Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos. 4ª. Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza. 5ª. Sumisión a todas las leyes tributarias del país. 6ª. Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación. Los bienes de las Órdenes religiosas podrán ser nacionalizados.”

³⁵⁸ CARR. Raymond. **España 1808-1939**. Barcelona: Ariel, 1970, p.580. “(...) *no fueron el radicalismo democrático ni el idealismo social de la Constitución, sino sus cláusulas religiosas, englobadas en el artículo 26, las que enfurecieron a la oposición, dividieron al Gobierno y crearon la posibilidad de una unión de la derecha para defender a una Iglesia perseguida*”.

época. A relação entre Igreja Católica e Estado espanhol foi, ao longo da história, muito próxima, e, agora, que os republicanos estavam no poder, adotou-se uma postura de intolerância com as organizações religiosas, notadamente, com a Igreja Católica. De tal sorte que a direita se uniu em oposição aos republicanos. Naturalmente, não é possível colocar que apenas os motivos religiosos desencadearam a guerra civil espanhola, mas, sem dúvida foi um importante fator gerador do conflito armado.

A guerra civil espanhola, conflito armado que durou de 1936 a 1939, acabou com a vitória dos nacionalistas liderados pelo General Franco. O novo regime franquista não possuiu uma Constituição e, sim, as leis fundamentais do Estado Franquista³⁵⁹. A lei do foro dos espanhóis (1945) determinou que o Catolicismo era a religião adotada pelo Estado Espanhol e possuía proteção oficial. Havia permissão apenas para manifestações públicas da religião católica. As demais religiões poderiam ser professadas pela população, mas em ambientes privados. Ainda, foi concedido para a Igreja Católica a prioridade para promover a educação escolar³⁶⁰. O regime franquista, iniciado em 1939, acabou em 1975 com a morte do general Franco.

Em 1977 há novas eleições na Espanha e, em 1978, uma nova Constituição é promulgada, a qual estabelece o regime monárquico com organização democrático-parlamentar. Trata-se de uma Constituição democrática (soberania popular), de cunho progressista, com direitos fundamentais amplos e garantias de

³⁵⁹ Las siete leyes fundamentales en las que se sustentaba el franquismo: 1) Carta del Trabajo de 1938. Fue influida por el Carta di Lavoro. Esta carta regula y organiza el trabajo y la vida económica. Allí se establecían los límites de un día de trabajo y las retribuciones mínimas, pero todas estas concesiones estuvieron sometidas al interés de la nación. 2) Ley Constitutiva de las Cortes de 1942. Fue elaborada en la perspectiva de la victoria de los aliados. Las Cortes se crearon como instrumento de colaboración y autolimitación, para preparar y elaborar leyes. 3) Carta de los españoles de 1945. En esta carta están fijadas los derechos y los deberes de los españoles. 4) Ley del Referéndum Nacional de 1945. Se establece la utilización del referéndum para los asuntos importantes. La ley de Sucesión del jefe del Estado hace obligatorio el referéndum para modificar las leyes fundamentales. 5) La ley de Sucesión del Jefe de Estado de 1947. Esta ley regula la sucesión. España se configura como un reino. Franco es jefe de estado de por vida. Se crea el Consejo del Reino y el Consejo de Regencia. 6) Ley de los Principios del Movimiento Nacional de 1958. Establece los principios directivos de la orden jurídica franquista. 7) Ley Orgánica del Estado de 1967. Se enumeran los fines del Estado, se fija el poder del jefe del Estado y se declara su responsabilidad política.

³⁶⁰ Em 1953 foi firmada a Concordata entre a Espanha e o Vaticano que reconheceu a identidade de princípios morais e filosóficos entre o catolicismo e o Estado Espanhol. A igreja católica obteve como benefícios: manutenção financeira de todo clero pela Espanha, todas as escolas –públicas e privadas – deveriam ajustar o ensino aos princípios do dogma e da moral do catolicismo, não poderia ocorrer censura literária para as suas publicações. O Estado Espanhol conseguiu o apoio político do Vaticano, Franco tinha o poder de indicar os bispos para as dioceses.

cumprimento de tais direitos, com sufrágio universal, igual, livre e direto, que estabelece um parlamento bicameral com congresso e senado e prevê uma relação colaborativa entre os poderes. Além disso, qualquer proposta de alteração do seu texto precisa passar por um procedimento legislativo mais rígido. Em relação ao aspecto religioso, estabeleceu a separação do Estado da Igreja Católica (Estado não confessional) e a liberdade religiosa.

O artigo 16³⁶¹ da Constituição Espanhola de 1978 garante a liberdade religiosa e de culto como parte dos direitos fundamentais e liberdades públicas: Artigo 16³⁶²: *“1. Está garantida a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem mais limitações em suas manifestações, além daquelas necessárias para a manutenção da ordem pública protegida pela lei. 2. Ninguém poderá ser obrigado a declarar a sua ideologia, religião ou crenças. 3. Nenhuma confissão religiosa terá caráter estatal. Os poderes públicos levarão em conta as crenças religiosas da sociedade espanhola e manterão as consequentes relações de cooperação com a Igreja Católica e as demais confissões religiosas.”*

³⁶¹ O artigo 16 da Constituição da Espanha de 1978 está contido no Título I (arts. 10 a 55) aborda os direitos e deveres fundamentais, que contém o capítulo segundo (art.14) trata dos direitos e liberdades e este possui a seção primeira (arts. 15 a 29) que estabelece os direitos fundamentais e as liberdades públicas. Este artigo é regulado pela Lei Orgânica 07/1980 – liberdade religiosa, Decreto real 594/2015 – Entidades religiosas, Decreto real 932/2013- Comité consultivo de liberdade religiosa, Decreto Real 589/1984 – Fundações religiosas da igreja católica, Decreto real 593/2015 regulamenta a Declaração do Estatuto Jurídico das Confissões religiosas na Espanha. Outras leis podem incidir indiretamente no direito de liberdade religiosa, tais como: Lei orgânica 1/2002 – direito de associação, lei orgânica 2/2006 sobre educação, entre outras. Houve ainda acordos entre a Espanha e a Santa Sé que tratou de temas jurídicos, econômicos e culturais, como assistência religiosa nas forças armadas e como os membros do clero se reclacionariam com o serviço militar - “Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979. E ainda, a lei 24/1992 – Acordo de cooperação entre Federação de Entidades Evangélicas e a Espanha, lei 25/1992 – acordo de cooperação das comunidades Israelitas com a Espanha e a Lei 26/1992 que aprova o acordo de cooperação com a Comissão Islâmica da Espanha. VATICANO. Aid to the Church in Need (ACN). Fundação Pontifícia. **ESPANHA - Disposições legais em relação à liberdade religiosa e sua aplicação efectiva.** In: Liberdade Religiosa no Mundo – Relatório 2021. Disponível em: <https://acninternational.org/religiousfreedomreport/wp-content/uploads/2021/05/ESPANHA.pdf>. Acesso em 15 fev. 2022.

³⁶² ESPANHA. **Constitución de España de 1978.** Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022. Artículo 16. *“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española11 Mayoría de edad: 18 años Derechos de los extranjeros Igualdad ante la ley Derecho a la vida Libertad ideológica y religiosa la y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”*

O direito de liberdade religiosa foi amplamente garantido no artigo 16, uma vez que nenhuma religião terá caráter estatal, garante a liberdade ideológica (inclusive a de não professar nenhuma religião), a proteção à vida privada do indivíduo como direito fundamental de não declarar suas crenças, ideologias e religião, liberdade para manifestar publicamente qualquer religião – o limite colocado é o respeito à ordem pública garantida pela lei. Além disso, admite a possibilidade de cooperação dos poderes públicos com a Igreja Católica, mas abre a possibilidade para que as demais religiões também possam participar de tal colaboração com o Estado.

O direito de liberdade religiosa presente na Constituição de 1978 possui a garantia especial de só poder ser regulamentado por leis orgânicas (artigo 81 da Constituição da Espanha³⁶³). Há um regime constitucional especial previsto para a aprovação, modificação e derrogação das leis orgânicas: é necessária maioria absoluta do Congresso, em uma votação final do projeto como um todo. O maior rigor formal para aprovação das leis orgânicas, com o quórum qualificado, possibilita maior debate entre os parlamentares sobre o tema e torna mais difícil alterar ou retirar aquilo que já foi assegurado quando da aprovação da lei orgânica. O processo mais dificultoso para mudança da lei orgânica gera mais estabilidade e maior segurança jurídica para o exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.

A Constituição da Espanha de 1978, em seu capítulo IV, aborda as garantias das liberdades e direitos fundamentais. Nesse capítulo, o artigo 53³⁶⁴ determina que todos os poderes públicos estão vinculados aos direitos e liberdades

³⁶³ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022. Artículo 81. "1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto."

³⁶⁴ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022. Artículo 53. "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

fundamentais. Traz como garantias processuais o recurso com procedimento preferencial e sumário perante os Tribunais. Mais adiante, o artigo 81 complementa o artigo 53 e diz que somente uma lei orgânica pode regular o exercício dos direitos e liberdades que terão como tutela garantidora o reconhecimento de recurso de inconstitucionalidade contra tais leis para o Tribunal Constitucional (art.161, 1, a).³⁶⁵

Como pode ser observado, de acordo com o detentor do Poder Político, em determinado momento histórico, o Estado Espanhol se afasta ou se aproxima das instituições religiosas, notadamente a Igreja Católica. Atualmente, nos termos da Constituição Espanhola de 1978 (vigente), o Estado Espanhol é não confessional. E, ainda, o artigo 16 autoriza a Espanha a manter relações de cooperação com a Igreja Católica e as demais confissões religiosas.

Nesse sentido, existem acordos firmados entre o Estado Espanhol e a Igreja Católica (Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979), a lei 24/1992 – Acordo de cooperação entre Federação de Entidades Evangélicas e a Espanha, lei 25/1992 – acordo de cooperação das comunidades Israelitas com a Espanha e a Lei 26/1992 que aprova o acordo de cooperação com a Comissão Islâmica da Espanha.

O direito fundamental, como o direito de liberdade religiosa, não é assegurado apenas para a maioria dos espanhóis e, sim, para todos. O atual regramento constitucional espanhol não limita o exercício da religião a qualquer denominação específica – desde que se respeite a ordem pública legal estabelecida. Assim, tanto a maioria católica quanto a minoria evangélica exercem livremente suas crenças e cultos – como celebram acordos com o Estado Espanhol.

Nos últimos anos, na Espanha, o poder político está nas mãos dos chamados progressistas e eles têm tentado transformar o Estado de não confessional em um Estado Laico³⁶⁶.

³⁶⁵ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022. Artículo. 161. “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.”

³⁶⁶ Estado laico aqui é entendido como aquele em que não há nenhuma influência das religiões no governo, seja pelo poder legislativo, executivo ou judicial. O Estado é neutro em matéria religiosa porque

3.9 A CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA DE 1978 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição³⁶⁷ da Espanha de 1978 resulta do pacto constitucional construído pelos membros do corpo social do país e é similar ao que John Locke entende como contrato social. O filósofo concebeu a formação do consenso entre os indivíduos de certa comunidade que, em busca da segurança e paz, optam por delegar ao juiz a proteção e a garantia dos seus direitos subjetivos e o poder-dever de apreciar, julgar e punir com base nas leis instituídas. E esse julgador seria eleito pela maioria das pessoas que compõem aquele corpo social e, com base no princípio da confiança, atuaria como comissário comunitário.

Similar porque na época em que o regime de Franco terminou, em 1975, havia se formado no corpo da sociedade espanhola o consenso da necessidade de segurança jurídica, paz social (não se desejava outra guerra civil), preservação dos direitos e liberdades. Então, consentiram em fazer um pacto social para a elaboração

não exerce nenhum apoio explícito ou implícito a nenhuma confissão religiosa. No Estado laico tanto os que possuem religião quanto os que não professam nenhuma religião são tratados da mesma forma.

³⁶⁷ O conceito de Constituição de acordo com Manuel García Pelayo – primeiro presidente do Tribunal Constitucional Espanhol é o seguinte: “*Dicho en términos simples, una Constitución es un conjunto sistemático de normas jurídicas dotadas de mayor estabilidad que las restantes, en virtud del método más dificultoso de su reforma, y que, inspirándose en ciertos valores y principios, establece: i) unos derechos y libertades de los ciudadanos que no pueden ser lesionados por los poderes públicos y que, por consiguiente, ponen un límite jurídico a la acción de éstos, y ii) una división del poder del Estado entre distintos órganos a los que las normas constitucionales asignan unas determinadas funciones, unos poderes para llevarlas a cabo y unas formas bajo las que éstos han de ser ejercidos. A esta unidad de función, poderes y formas se la suele llamar competencia. Ninguno de los poderes puede invadir la esfera de competencia de otro, pero deben articularse y cooperar entre sí, de acuerdo con los métodos establecidos por la Constitución, a fin de lograr la unidad de acción y de decisión del Estado. Los poderes de los órganos del Estado existen, pues, en virtud de la Constitución, siendo, así, «poderes constituidos». La Constitución, en cambio, existe por un acto de poder constituyente, poder ejercido por el pueblo sea indirectamente a través de sus representantes, sea directamente mediante referéndum. Nuestra Constitución fue aprobada por las Cortes (31-X-1978), ratificada por el pueblo (6-XII-1978), y sancionada por el Rey (27-XII-1978).*” RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, María Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. XXIX.

de uma Constituição. Segundo Eduardo Garcia de Enterría “ (...) *Todas as forças políticas da Espanha se uniram para elaboração dessa Constituição (...)*”³⁶⁸.

A Constituição da Espanha de 1978, autêntica norma jurídica, incide sobre as relações sociais, gera direitos subjetivos para os cidadãos, incorpora direitos fundamentais e liberdades, sendo aplicável pelos julgadores a casos concretos. Não mais se limita a estabelecer a Organização do Estado e a distribuir funções. Essa Constituição foi a primeira da Espanha a ser uma autêntica norma jurídica. Estabeleceu a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico espanhol (art. 9.1 CE/1978). Além disso, fortaleceu a jurisdição nacional, pois dotou a supremacia da Constituição de garantias processuais.

Um dos papéis da Constituição/1978 é promover a integração nacional, que compreende a reunião das partes da sociedade, constituindo uma unidade, com respeito à autonomia dos integrantes, e possibilita a interação e participação de cada uma das partes. Reafirma o Estado democrático de direito a previsão Constitucional de que a formação da unidade seja por integração com consenso e participação de todos os envolvidos e não por dominação (imposição unilateral de um poder superior ao corpo social)³⁶⁹.

Outra função da Constituição/1978 é ofertar a base da legitimidade. Significa dizer que o povo reconhece livre e espontaneamente que as pessoas que

³⁶⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución Española de 1978 como pacto social y norma jurídica**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2008, pp. 371-398. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México: “Y ese fue, finalmente, nuestro propio caso. Al desaparecer el régimen franquista, el panorama de una reapertura del conflicto interminable no sedujo, felizmente, a nadie y todos se mostraron dispuestos a ceder en sus posiciones de base para buscar, entre todos también, un consenso esencial. Así se abrió entre nosotros, finalmente, un verdadero pacto social lockeano, nunca dado hasta ahora en la época contemporánea, pacto del que todos fuimos protagonistas y que desembocó en el milagro de la Constitución de 1978. Como todos saben, ésta fue elaborada desde la base por la totalidad de las fuerzas políticas y no por un proyecto del Gobierno (recordemos que la sesión constitutiva de las Cortes Constituyentes de 1977 fue abierta por una Mesa de Edad presidida por la Pasionaria, y que de las cámaras constituyentes formaban parte, además de otros exiliados ilustres, varios exministros de Franco, aparte de las generaciones postbélicas, todas las cuales tenían, sin embargo, experiencia familiar inmediata del atroz enfrentamiento civil), fue votada por la virtual totalidad de los diputados y senadores, entre los cuales se encontraban los supervivientes de los dos bandos en la guerra civil, y, finalmente, refrendada por más del 87% de los votantes en referéndum universal. El Poder Constituyente del pueblo entero dejó de ser en esta ocasión una hipótesis teórica y se hizo visible y manifiesto, así, de una manera plástica, como pocas veces en cualquier país (ninguna, por supuesto, en el nuestro). ”

³⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, María Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. XXX.

exercem as funções públicas estão, constitucionalmente, autorizadas a fazê-lo. Não é só uma questão de respeito ao princípio da dignidade humana (o povo deve submeter-se apenas àqueles que a CE/1978 determina), é também uma condição para estabilidade da ordem jurídica. Isso porque a Constituição/1978 foi construída com a participação da sociedade da Espanha, inclusive tendo sido referendada por 87% da população. E, ainda, a Constituição proporciona a estabilidade da ordem e do ordenamento jurídico como um todo, notadamente para o desenvolvimento do sistema político e do sistema jurídico³⁷⁰.

A Constituição não conseguiria promover a integração nem seria possível ofertar a estabilidade para o melhor desenvolvimento da ordem política e ser uma base para construção de uma ordem jurídica sólida se não houvesse a hierarquia e a rigidez constitucional. A estabilidade política e jurídica que a Constituição proporciona não seria possível se ela não fosse a norma de hierarquia mais elevada e o procedimento para alteração das normas constitucionais não fosse mais dificultoso que o procedimento para alteração das demais normas jurídicas³⁷¹.

O ordenamento jurídico espanhol apresenta-se como um sistema hierarquizado de normas que possui a Constituição Espanhola 1978 em seu ápice e na sua base, as leis e regramentos das comunidades autônomas. Da supremacia constitucional decorre a nulidade dos atos jurídicos com ela incompatíveis³⁷². Para assegurar a supremacia da Constitucional foi instituído o Tribunal Constitucional, um órgão especial de jurisdição (não é órgão do judiciário espanhol), guardião da Constitucional, com a atribuição de interpretar a Constituição, conhecer do recurso de inconstitucionalidade de leis e atos normativos com força de lei, apreciar o recurso de

³⁷⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. XXXI.

³⁷¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. XXXII.

³⁷² Pirâmide das normas jurídicas na Espanha. Constituição de 1978 no topo da pirâmide. Os tratados internacionais estão no topo da pirâmide normativa só ficam abaixo da Constituição. As leis orgânicas e ordinárias ocupam o terceiro lugar em importância. A quarta posição fica com os decretos legislativos e os decretos-leis. Em quinto lugar estão os regramentos do governo. Em sexto, as leis das Comunidades Autônomas e na base os regramentos das comunidades autônomas.

amparo por violação dos direitos e liberdades (art. 53.2), resolver conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou destas entre si (art. 161 CE/1978).

A Espanha, de acordo com o art.1º da Constituição Espanhola/1978³⁷³ (CE/1978), é um estado social e democrático de direito, estruturado na forma de uma monarquia parlamentarista. O mesmo artigo apresenta como valores superiores do ordenamento jurídico espanhol a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.

A Constituição apresenta o Estado Espanhol como um Estado de direito. Assim, deve sê-lo na acepção de direito objetivo (determina o império da lei, o ordenamento jurídico é a causa e o limite do poder) e de direito subjetivo (o ordenamento jurídico deve conter os direitos e liberdades do homem). Para a efetivação do direito subjetivo é preciso que o cidadão participe do processo de elaboração da Constituição, que se identifique com seus valores, princípios e direitos e liberdades da pessoa que compõem o texto Constitucional.

Somente em regimes democráticos é possível que o cidadão participe do processo de elaboração da Lei Maior, já que nos Estados não democráticos não há garantia de que o Direito limite e controle o poder. De acordo com Vicente Gimeno Sendra e outros: “*La conclusión se impone: sólo en una democracia puede realizarse plenamente el Estado de Derecho*”³⁷⁴.

O Estado de direito passou por transformações em seu conceito no decorrer do século XIX. A concepção inicial do liberalismo foi de limitar, juridicamente, o poder político. Entretanto, prevaleceram a sistematização e positivação do direito, que incorporaram as ideias do positivismo jurídico de Hans Kelsen. Com isso, o direito e a moral passaram a ser concebidos separadamente (conteúdo da norma deixou de ser avaliado pelo Direito). Assim, o Estado de direito passa a significar que o Estado de organiza juridicamente. Ao não se avaliar o conteúdo do direito deixou de haver

³⁷³ ESPANHA. **Constitución Española de 1876**. Disponível em https://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre_018546.pdf. Acesso em 08 fev. 2022. Aprovada pelas Cortes Gerais em 31 de outubro de 1978. Ratificada por referendo popular em 6 de dezembro de 1978. Sancionada por sua majestade Rei Dom Juan Carlos I perante às Cortes Gerais em 27 de Agosto de 1992.

³⁷⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.30

questionamentos às normas jurídicas produzidas por Estado autoritários (anos 1930/40, por exemplo)³⁷⁵.

Na crise do liberalismo e processo de construção do Estado social, a necessidade de atender as exigências da população, Estados como Alemanha e Itália – anos 1930/40, acabaram servindo de subterfúgio para minimização de direitos individuais. Esses países construíram Estados sociais que não era verdadeiros Estados de direito, uma vez que os dirigentes não respeitavam os direitos individuais previstos em suas Constituições.

Além disso, a democracia pode estar presente no país sem que se tenha um Estado de direito. Isso porque a democracia não pode ser entendida apenas como vontade da maioria da população do país. Se assim o fosse, seria possível afirmar que o governo nazista era democrático, já que Hitler foi eleito pela maioria dos alemães e eles o apoiaram durante boa parte do período em que esteve no poder.

Após a Segunda Guerra Mundial, surge o pós-positivismo jurídico, que reaproxima o direito da moral usando como elo entre ambos princípios jurídicos abertos com caráter normativo. O objetivo é constituir um autêntico Estado de direito, com a dupla concepção de ser causa e limite do poder político e. Ao mesmo tempo aproxima o direito e a moral, inserindo no ordenamento jurídico os direitos e as liberdades dos homens.

O Estado de direito social e democrático necessita apresentar uma regulação coerente e clara de direitos e liberdades e também de suas tutelas jurisdicionais. Nesse sentido, Vicente Gimeno Sendra e outros: *“Estamos, consiguientemente, ante una de las claves del Estado social y democrático de Derecho, que, se cifra en una lúcida regulación de los derechos y libertades y en una no menos coherente regulación de su protección jurisdiccional.”*³⁷⁶

Além de ser um Estado social e democrático de direito, o Estado Espanhol proporciona a autonomia para os seus entes políticos (arts.2.1 e 137, CE/1978). Isso ocorre porque a unidade do Estado é indissolúvel e, ao mesmo tempo, é assegurado o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que o compõem (municípios, províncias e comunidades autônomas). O Estado nacional tem a língua comum,

³⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmento. **Direito Constitucional: teoria, história, métodos de trabalho**. 1º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.163.

³⁷⁶ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.30

respeitadas as demais línguas presentes na Espanha (art.3.1 CE/1978), e tem também seus símbolos (art.4.1 e 56.1, ambos da CE/1978), os direitos e liberdades fundamentais assegurados para todos os cidadãos, as instituições representativas a toda a nação e que atuam em todo o território do país.

A autonomia dos Entes políticos envolve, principalmente, os seguintes direitos: podem decidir e gerir seus próprios órgãos legislativos e executivos dentro dos termos estabelecidos dos Estatutos³⁷⁷ de cada Comunidade Autônoma; possibilidade de coparticipar das decisões do Estado Nacional como um todo, por intermédio da criação de partidos regionais que participam das Cortes; as comunidades autônomas entram na composição do Senado (elegem membros do Senado) e cada Província elege os seus senadores e, ainda, as comunidades autônomas possuem iniciativa legislativa perante as Cortes (art. 87.2 CE/1978); há solidariedade entre as comunidades autônomas para evitar situações de desequilíbrios e privilégios econômicos (art.2.1 CE/1978)³⁷⁸.

A forma política do Estado Espanhol é a monarquia constitucional hereditária com o regime de democracia parlamentar. O rei é o Chefe de Estado, sendo tido como símbolo da estabilidade do Estado Espanhol. Representa internacionalmente o Estado Espanhol, é chefe das forças armadas e arbitra e modera as relações entre as instituições (forma não vinculante). As funções Reais são previstas na Constituição de 1978 (arts. 56 e ss CE/1978) e nas leis.

Sendo o povo espanhol o titular do poder, a sua soberania é exercida pelos seus parlamentares eleitos, que os representa nas Cortes (Congresso e Senado). O Congresso é casa do povo espanhol e é formado pelos representantes eleitos do povo e o Senado é a casa das Províncias e das Comunidades Autônomas, sendo constituído por membros eleitos pela população desses entes políticos para representar os interesses das Províncias e das Comunidades Autônomas. A iniciativa legislativa cabe aos deputados, senadores e ao Presidente. Ao Rei cabe sancionar e

³⁷⁷ Os estatutos das comunidades autônomas devem ser elaborados dentro dos termos estabelecidos na Constituição Espanhola de 1978, as Cortes devem intervir no processo de aprovação do Estatuto e, ainda, deve ser sancionado pelo Rei.

³⁷⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. XXXVI.

promulgar as leis (art.62, 'a', CE/1978) e promulgar os decretos aprovados no Conselho de Ministros (art.62, 'f', CE/1978).

O Poder Executivo, que realiza a direção política e administrativa do país, é composto pelo Presidente e seus ministros. A eleição do Presidente é um ato complexo, já que a indicação cabe ao Rei e a aprovação do indicado é competência do Congresso (voto da maioria dos membros).

O Poder Judiciário, composto por juízes e magistrados, tem a função de apreciar e julgar a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos e executar o que foi decidido. É um poder independente, que se submete somente à Constituição/1978 e às leis.

O Tribunal Constitucional é constituído por 12 magistrados nomeados pelo Rei, na seguinte proporção: quatro sob proposta do Congresso, quatro sob proposta do Senado (ambos por maioria de 3/5 dos seus membros), dois sob proposta do governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial (art. 159. 1 CE/1978). O Tribunal tem jurisdição em todo o território espanhol e possui competência para apreciar: recurso de inconstitucionalidade contra lei e disposições normativas com força de lei; recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades descritos no artigo 53.2 CE; conflito de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas e dessas entre si; demais matérias que lhe sejam atribuídas pela Constituição ou lei orgânica (art.161 CE/1978). No exercício de suas atribuições, o Tribunal Constitucional assegura a supremacia Constitucional em relação às normas jurídicas e atos Estatais. É o órgão que assegura a existência plena do Estado de Direito.

A Constituição de 1978 não apresenta artigos desprovidos de caráter normativo e efetividade. Os valores superiores (*"liberdade, justiça, igualdad e pluralismo político"* - art.1.1 CE/1978) possuem caráter normativo e a função de estabelecer objetivos ou metas para os poderes públicos e, ainda, são critérios que orientam a interpretação feita por Juízes e Tribunal Constitucional dos direitos fundamentais³⁷⁹.

O texto constitucional de 1978 apresentou princípios (art.9.3) que são tidos como fundamentais para implementação e desenvolvimento do sistema político e

³⁷⁹ PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto**. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 6, año III, febrero de 1998, Universidad Carlos III de Madrid-BOE.

jurídico que a Constituição tem a intenção de instituir no país. Os princípios do art.9.3 CE/1978 (*“legalidade, hierarquia normativa, publicidade das normas, não retroatividade das disposições penais não favoráveis ou que restrinjam direitos individuais, segurança jurídica, responsabilidade e interdição da arbitrariedade dos poderes”*) são inerentes ao Estado social e democrático de Direito Espanhol e dialogam com os valores superiores do art.1.1 CE/1978. O art. 9.3 da CE/1978 não pretendeu apresentar um rol taxativo de princípios essenciais, uma vez que outros estão dispostos ao longo do texto da Lei Maior. Os princípios expressos no texto constitucional são de vinculação e cumprimento imediatos³⁸⁰.

O princípio da hierarquia normativa da Constituição foi questionado na STC 16/1982 em que se reconheceu que a Constituição/78 é uma norma jurídica, faz parte do ordenamento jurídico espanhol, sendo a norma suprema desse ordenamento, suas normas vinculam todo o ordenamento jurídico e seu cumprimento é imediato por todos, os poderes públicos e os cidadãos estão sujeitos às normas constitucionais e os preceitos Constitucionais podem ser alegados perante os Tribunais de Justiça³⁸¹.

Os poderes públicos, referidos no artigo 9.2, que se sujeitam à Constituição/1978 e a todo o ordenamento jurídico, são entendidos em sentido amplo. Assim, a Corte Constitucional decidiu no STC 16/1982 que os poderes públicos incluem os juízes e magistrados (arts. 9.1 cc 117.1). E na STC 35/1983 disse que a expressão “poderes públicos” inserta ao longo do texto da Constituição/1978 (arts. 9, 27, 39, 41, 44, 51, 53 e outros) deve ser entendida em sentido genérico que inclui todas as entidades (e seus órgãos) que exercem o poder de império, inclusive os três poderes (legislador, executivo, juízes e tribunais no âmbito de suas atribuições)³⁸².

Interessante observar que essa submissão de todos os poderes à Constituição/1978 não se refere apenas à obrigação negativa do Estado de não invadir a esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, mas envolve também uma prestação positiva de contribuir para a concretização desses

³⁸⁰ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

³⁸¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 16/1982**, de 28 de abril (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/58>. Acesso em 28 abr. 2022.

³⁸² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 35/1983**, de 11 de mayo. (BOE núm 120, de 20 de maio de 1983). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/163>. Acesso em 28 abr 2022.

direitos e valores para todos. Observa-se que existe a premissa de que a função do Estado perante os direitos e valores fundamentais não é tão somente a de não infringi-los, mas também de protegê-los de possíveis violações cometidas por terceiros, bem como assegurar o necessário para sua efetivação³⁸³.

Os poderes públicos estão obrigados a observar todos os direitos e liberdades fixados no capítulo II do Título II da CE/1978 (art. 53.1 CE/1978). Segundo Vicente Gimeno Sendra, o artigo 9.1 CE, expande tal obrigatoriedade, de modo que os poderes públicos devem obedecer a todo o ordenamento jurídico, notadamente à Constituição. Entretanto, os direitos e liberdades (capítulo II) vinculam com maior intensidade os poderes públicos, já que a Constituição/1978 estabeleceu: sua aplicação imediata (norma de eficácia plena); as matérias da seção 1º do capítulo segundo são reservadas à lei orgânica e as demais reservas de lei; indisponibilidade do conteúdo essencial de cada direito, que deve ser respeitada pela regulamentação legal e cabe recurso de inconstitucionalidade se infringida essa regra; a tutela preferencial e sumária dos Juízes e Tribunais em caso de violação aos direitos previstos na 1º do capítulo segundo e no artigo 14 CE/1978³⁸⁴.

A Constituição da Espanha de 1978 foi colocada no centro do ordenamento jurídico espanhol (art.9.1 CE/1978), seus preceitos são dotados de normatividade que se irradiam para os outros ramos do direito. Toda a ordem jurídica é vista sob prisma Constitucional de forma mais favorável à efetivação dos direitos fundamentais. Ocorre a filtragem constitucional, via princípio da interpretação das normas conforme a Constituição. Os outros ramos do Direito e seu corpo legal são analisados à luz da Constituição. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Constitucional (STC 112/1989), ao interpretar o sentido do art. 9.1 da CE:

“todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a aquella y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico, y aunque pudiera resultar útil en algunos casos, no es sistemáticamente necesaria la reiteración permanente de las cláusulas de salvaguarda que los derechos fundamentales incorporan a lo largo de todo el ordenamiento jurídico; de la estructura y funcionalidad de las Instituciones, los Tribunales ordinarios y, en su

³⁸³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 53/1985**, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>. Acesso em 24 abr. 2022.

³⁸⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.102

*caso, este mismo, han de extraer las consecuencias lógicas de la incorporación de la Norma fundamental al ordenamiento jurídico que encabeza*³⁸⁵.

E, ainda, o art. 9.1 CE/1978 vincula os cidadãos e as autoridades públicas à Constituição e ao ordenamento jurídico. Os cidadãos possuem o dever negativo de se abster de qualquer ação que viole a Constituição, enquanto os titulares dos poderes públicos possuem o dever geral positivo de exercer suas funções de acordo com a Constituição (STC 101/1983³⁸⁶).

O mandamento constitucional inserto no art.9.2 da CE/1978 é o de que os poderes públicos promovam condições para a efetivação da liberdade e da igualdade³⁸⁷ entre as pessoas. A previsão aqui é distinta daquela dos direitos civis e políticos de primeira dimensão, direitos negativos, que reclamavam o absenteísmo do Estado. Agora, os poderes públicos devem agir para assegurar a liberdade e a igualdade entre pessoas e grupos (prestação positiva), ou seja, o dispositivo constitucional procura promover a igualdade substancial entre as pessoas.

Por outro lado, o art.14 CE/1978 promove a igualdade formal entre os espanhóis – eles são iguais perante a lei. O dispositivo aborda o princípio da regularidade da aplicação do direito e determina que os poderes públicos, notadamente os julgadores, devem aplicar a lei de forma igualitária, sem promover distinções em razão do nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social. A igualdade ante a lei determina que as mesmas consequências jurídicas sejam aplicadas à mesma conduta.

Em relação à interpretação do art. 9.2 CE/1978 e do art.14 CE, os autores Vicente Gimeno Sendra *et all*, afirmam que os dois dispositivos devem ser

³⁸⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 112/1989**, de 19 de junio. (BOE núm 175, de 24 de junio de 1989). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1318>. Acesso em 28 abr. 2022.

³⁸⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 101/1983**, de 18 de noviembre. (BOE núm 298, de 14 de diciembre de 1983). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/229>. Acesso em 28 abr. 2022.

³⁸⁷ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.111-112: “*Es ya vieja la polémica de si la igualdad es un derecho o un principio. La Constitución española complica el panorama considerándola también un valor. De su naturaleza axiológica no hemos de hablar otra vez. Recordemos únicamente que no es, en rigor, valorada en sí misma, sino por los bienes y derechos respecto de los cuales se predica. Algo parecido sucede con la consideración de la igualdad como derecho. Es decir, como derecho judicialmente exigible.*”

interpretados de forma integrada e recíproca: a igualdade jurídica (art.14) não pode desconsiderar a orientação política do regime e a igualdade como tarefa política (art.9.2), não pode ser alcançada por ações e decisões dos poderes públicos que contrariam o ordenamento jurídico, à Constituição e às leis, pois deve encontrar no direito sua canal e seu limite³⁸⁸.

Assim, o art.9.2 CE/1978 contém um mandamento constitucional de igualdade substancial e o art.14 CE/1978 consagra a igualdade jurídica. Ou seja, são dispositivos que abordam o princípio da igualdade sob diferentes perspectivas e uma não é excludente da outra. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional (STC 34/1981)³⁸⁹ afirma que o art.14 CE/1978 se refere à universalidade do direito de igualdade de todos ante a lei, mas em seu texto não há vedação para que o legislador, quando entender necessário e conveniente, diferencie situações em que o tratamento dado pelo art.14 CE/1978 possa ser diferenciado, o que pode ser necessário para implementação dos valores que a Constituição considera como superiores no ordenamento jurídico espanhol, tais como a justiça e a igualdade (art.1.1 CE/1978) e, ainda, a Constituição atribui ao poder público meios e condições para que a igualdade substancial seja efetiva (art.9.3). O TC destaca que o princípio da igualdade jurídica proíbe a discriminação (previsão do art. 14 CE/1978).

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência do Tribunal Constitucional, pois na STC 34/1981³⁹⁰ e na STC 75/1983³⁹¹ afirmou que em nome da igualdade substancial não é legítimo adotar ações/decisões que possam causar resultados

³⁸⁸ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.113

³⁸⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 34/1981**, de 10 de noviembre (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/34>. Acesso em 28 abr. 2022. *“Partiendo de esta afirmación debemos ahora señalar que el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”*. Disponível em: <<https://vlex.es/vid/1-2-lotc-14-3-4-5-15034916>>. Acesso em 28 abr 2022.

³⁹⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 34/1981**, de 10 de noviembre (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/34>. Acesso em 28 abr. 2022.

³⁹¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 75/1983**, de 03 de agosto (BOE núm 197, de 18 de agosto de 1983). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/203>. Acesso em 28 abr. 2022.

contrários aos direitos e liberdades constitucionais e também não se pode produzir normas que sejam contrárias aos preceitos e princípios constitucionais e muito menos gerar diferenças discriminatórias. O legislador deve buscar criar normas que possibilitem a efetivação da igualdade substancial, da equidade e dar atenção às demandas sociais, porém isso não pode ser feito de forma a contrariar o ordenamento jurídico. Tampouco pode o legislador estabelecer distinções para situações homogêneas (as diferenças reais não são relevantes o suficiente para merecer tratamento jurídico diferenciado ante a lei); ao elaborar a lei não pode adotar como critério diferenciador os elementos discriminatórios previstos no art. 14 CE, quais sejam, em razão do nascimento, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

O Tribunal Constitucional entendeu que o mesmo órgão judicial, ao avaliar casos substancialmente idênticos (sem distinção significativa), não pode, em regra, alterar o sentido das decisões. Para realizar tais modificações é preciso justificar a mudança de entendimento de maneira fundamentada e minuciosa. Se assim não for feito, o princípio da segurança jurídica será desrespeitado e isso gerará instabilidade ao sistema jurídico espanhol como um todo (STC 38/1981³⁹²). Assim, para que ocorra uma violação do princípio da igualdade na aplicação da lei, é preciso que as decisões comparadas e consideradas díspares tenham sido prolatadas pelo mesmo órgão julgador. Isso decorre do respeito à autonomia que cada órgão judicial possui para tomar suas decisões (STC 126/1988³⁹³).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional da Espanha entendem que o legislador pode conscientemente introduzir diferenças de tratamento jurídico objetivando alcançar a igualdade real e efetiva. O critério mais usado por ambos os tribunais é o da proporcionalidade entre a finalidade constitucionalmente lícita de promover a igualdade real e efetiva e os meios utilizados para tanto. Esses meios não podem contrariar disposições constitucionais ou legais. Notadamente, o Tribunal Europeu defende que determinadas desigualdades jurídicas

³⁹² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 38/1981**, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/38>. Acesso em 24 abr. 2022.

³⁹³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 126/1988**, de 24 de junio (BOE núm. 166, de 12 de julio de 1988). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1067>. Acesso em 24 abr. 2022.

tendem, razoavelmente, a corrigir as desigualdades de fato e, assim, promove-se a igualdade real³⁹⁴.

Os princípios são vistos como normas que ordenam determinadas ações na maior medida possível, ou seja, conforme as possibilidades normativas e fáticas. A Constituição de 1978 (art. 9.3) positivou certos princípios que são considerados essenciais para a consolidação do Estado Social e Democrático de Direito e para o desenvolvimento de um sistema político e jurídico que promova a paz social e o respeito aos direitos e liberdades. O Tribunal Constitucional, na STC 48/2003³⁹⁵, afirmou que os princípios acolhidos pela Constituição de 1978 oferecem fundamento e razão de ser para as normas concretas e vinculam todos os cidadãos e poderes públicos. E, na STC 4/1981³⁹⁶, estabeleceu que os princípios gerais da Constituição de 1978 não são programáticos, mas sim normativos e aplicáveis diretamente.

O princípio da legalidade consiste em dar prevalência à lei em qualquer atividade ou função dos poderes públicos. Todos os atos e ações que emanam do Estado devem ser regidos pela lei e não pela vontade das pessoas. Na esfera penal, consiste em dizer que não há pena sem lei anterior que a defina e não há crime sem prévia cominação legal (art. 25 CE/1978). Na esfera administrativa, os órgãos que emitem disposições gerais devem agir seguindo o sistema hierárquico de normas espanhol com a supremacia da CE/1978 e os agentes públicos que emitem atos administrativos específicos devem obedecer às disposições de caráter geral.

O sistema jurídico espanhol é ordenamento organizado hierarquicamente com a Constituição no ápice. O princípio da hierarquia normativa informa que as normas de nível inferior não podem contradizer as superiores. Já o princípio da publicidade das regras está estritamente ligado ao princípio da segurança jurídica, pois só é possível exigir que os cidadãos e poderes públicos obedeçam às normas jurídicas e os regulamentos se antes for dada a oportunidade, por meios de ampla

³⁹⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.117-118.

³⁹⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 48/2003**, de 12 de marzo. BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4823>. Acesso em 29 abr. 2022.

³⁹⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 4/1981**, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4>. Acesso em 29 abr. 2022.

divulgação, de se tomar conhecimento da existência e conteúdo destes atos normativos (STC 179/1989³⁹⁷). É ligado ao princípio da segurança jurídica porque este se refere a um feixe de princípios que possibilitam aos cidadãos o conhecimento antecipado dos atos proibidos e pelos poderes públicos dos atos permitidos e vedados pelo ordenamento jurídico (STC 27/1981).

Na esfera penal, a Constituição, pelo princípio da irretroatividade das disposições sancionatórias não favoráveis, interpretado a *contrario sensu*, assegura a retroatividade da lei penal mais benéfica (STC 8/1981).

O princípio da responsabilidade dos poderes públicos (art. 9.3 CE/1978) informa que esses poderes, inclusive a administração da justiça (art. 121 CE/1978), respondem pelos danos causados no exercício de suas atribuições. Ressalva feita ao Rei, que não se sujeita a responsabilidade (art. 56.3 CE/1978). O art. 106.2 CE/1978 prevê o direito de indenização aos particulares pelas lesões aos seus bens e direitos ocasionadas pelo funcionamento dos serviços públicos – trata-se de norma constitucional de eficácia contida, pois depende de regulamentação em lei para sua aplicação.

Por fim, o art. 9.3 CE/1978 apresenta o princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. A arbitrariedade se dá quando não se respeita a ordem jurídica vigente, ou seja, não há conformidade não apenas com as leis, mas também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Os atos dos titulares dos poderes públicos serão analisados não somente à luz do princípio da legalidade, mas também por sua conformidade com os valores do art.1 da CE, dos princípios gerais do art. 9.3 e dos direitos fundamentais e liberdades públicas (seção 1 do capítulo 2 do título 1 da CE/1978). Assim, o ato praticado pelo titular do poder público será arbitrário e deverá ser interditado quando não obedecer ao texto expresso da Constituição de 1978, aos seus valores e princípios ou infringir a lei em geral.

Os limites à aplicação do princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos são debatidos pelos juristas e no âmbito do Tribunal Constitucional. No ATC 72/2008, estabeleceu-se que o parlamentar precisa ter liberdade para exercer seu papel legislativo (pluralismo político e liberdade de configuração) e não se consideram arbitrarias as discrepâncias políticas sobre o conteúdo da lei. E, na STC

³⁹⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 179/1989**, de 2 de noviembre (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1385>. Acesso em 24 abr. 2022.

48/2008, o Tribunal informou que o legislador, no exercício de sua liberdade de configuração, não precisa motivar as suas opções e decisões.

As administrações públicas não podem escolher a quem elas aplicam ou não aplicam os regulamentos em vigor, pois, seria uma arbitrariedade vedada pelo princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3 CE/1978). Tal ação pela administração pública, se o ato for vinculado, configura uma infração da norma e, se for ato discricionário, um abuso de poder.

Em relação aos Juízes e Tribunais, o princípio da igualdade perante a lei (art. 14 CE/1978) veda que diante da mesma situação jurídica a norma seja, injustificadamente, aplicada de forma diferente às pessoas. E, ainda, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impede a arbitrariedade de suas decisões. São exigidos dois requisitos para configuração da violação da igualdade ante a lei, quais sejam, a comparação deve ser baseada nos mesmos elementos substanciais que configuram juridicamente os pressupostos fáticos e o órgão julgador que afastou os critérios anteriormente aplicados deve motivar a alteração de entendimento e o afastamento deve ser justificável (STC 166/1985, de 9 de dezembro de 1985, base legal 9)³⁹⁸. Assim, as decisões judiciais devem ser fundamentadas e motivadas, aplicando-se o princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

O Título I, Dos direitos e deveres fundamentais, é relevante dentro da sistemática constitucional. É o primeiro título após o preliminar e contém o maior corpo de normas (arts. 10 ao 55 CE/1978), sendo fruto de um intenso debate entre os constituintes e a sociedade na época da elaboração do texto da Constituição de 1978, quando o país acabara de sair de um regime ditatorial.

Os direitos e liberdades fundamentais possuem aplicação e efeitos imediatos e vinculam todos os poderes públicos e os cidadãos – eficácia vertical dos direitos fundamentais (art. 9.1 CE/1978). E, ainda, aplicam-se com as devidas adaptações nas relações entre os particulares – eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A relação vertical dos direitos fundamentais entre os poderes públicos e os cidadãos espanhóis configura um mecanismo de defesa do indivíduo contra o Estado, para que este não intervenha arbitrariamente nos direitos fundamentais. É

³⁹⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 166/1985**, de 9 de diciembre. (BOE núm 13, de 15 de enero de 1986). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/546>. Acesso em 30 abr. 2022.

denominada relação vertical porque o indivíduo está sujeito às determinações do Estado.

Com o passar do tempo, esses direitos fundamentais vão se modificando. Aos poucos, percebeu-se que a opressão aos indivíduos não vinha somente do Estado, mas também de particulares. Como os particulares, em tese, se encontram no mesmo grau de hierarquia, como em princípio não há uma subordinação entre dois particulares, ou seja, há uma relação de coordenação, a partir do momento em que um direito fundamental se aplica a uma relação desse tipo, fala-se em eficácia horizontal.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é prevista expressamente na Constituição de 1978. A princípio o Tribunal Constitucional não se pronunciava a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas com o passar do tempo tem admitido a sua possibilidade. Para que o recurso de amparo seja analisado, é preciso demonstrar que o órgão judicial não protegeu adequadamente o direito fundamental violado na relação entre particulares (a questão de fundo apreciada será a violação do direito fundamental na relação entre particulares)³⁹⁹. A aceitação da possibilidade de analisar, no caso concreto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não significa que o Tribunal Constitucional não respeita a autonomia da vontade; seu posicionamento é no sentido de que a autonomia da vontade, de acordo com o art.7.1 do Código Civil, deve seguir a boa-fé contratual.

Por exemplo, na STC 19/1985⁴⁰⁰, o Tribunal Constitucional analisou o caso de uma trabalhadora que, por pertencer à religião adventista, alegava que tinha direito ao descanso semanal remunerado aos sábados. A relação é privada – entre funcionária e empregador – foi estabelecido um contrato de trabalho, com base na autonomia da vontade, no qual estava estabelecido o trabalho aos sábados para todos os funcionários da empresa (descanso semanal remunerado aos domingos). Foi alegado que com base no art. 16 CE/1978 o direito de liberdade religiosa da empregada foi violado. O Tribunal analisou o caso, admitindo em princípio a possibilidade de eficácia horizontal, mas, no mérito, não acolheu a alegação da parte,

³⁹⁹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.103

⁴⁰⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 19/1985**, de 13 de febrero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/399>. Acesso em 24 abr. 2022.

pois não enxergou na situação concreta cerceamento à liberdade de consciência, expressão, crença ou culto da empregada ou a existência de regra discriminatória ou ação coercitiva impedindo o exercício da liberdade religiosa⁴⁰¹.

O filósofo Immanuel Kant ensinou que, o ser humano tem dignidade e não um preço, por isso, é um fim em si mesmo e não um instrumento a ser usado. Assim, basta ser pessoa para já possuir a dignidade humana, ou seja, todo indivíduo tem dignidade intrínseca, sendo que não interessa se é dotado de capacidade civil e autodeterminação⁴⁰². A dignidade humana⁴⁰³, de acordo com disposição do artigo 10.1 CE/1978⁴⁰⁴, é entendida pelo Tribunal Constitucional Espanhol⁴⁰⁵ como fundamento da ordem política. A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais que pertencem aos seres humanos em igual proporção. Os direitos fundamentais são aqueles essenciais a uma vida digna, sendo essencialmente ligados ao princípio da dignidade humana.

A dignidade da pessoa é apresentada na Constituição da Espanha como fonte para todos os demais direitos que lhe são inerentes. Nesse sentido, Antonio Hernandez Gil afirmou que a Constituição da Espanha de 1978 “ (...) afirma como

⁴⁰¹ O recurso de amparo, previsto constitucionalmente, como a garantia constitucional de última instância da efetividade (integridade e eficácia) dos direitos fundamentais, reconhecidos nos arts. 14 até 30 CE, produziu ampla jurisprudência sobre o tema.

⁴⁰² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007, p.77: “ No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade”.

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. Ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.60. O conceito de dignidade humana apresentado pelo estudioso do tem Ingo W. Sarlet é o seguinte: “ a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

⁴⁰⁴ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

⁴⁰⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 150/1991**, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1789>. Acesso em 01 mai. 2022.

*valor absoluto la dignidad de la persona, sin aludir siquiera a su reconocimiento, para luego, en plano distinto, referirse a los derechos que le son inherentes*⁴⁰⁶.

O artigo 10.2 CE/1978 estabelece a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais de direitos humanos ratificados pelo país como um vetor de interpretação constitucional para os direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição da Espanha/1978 reconhece⁴⁰⁷.

A defesa e proteção dos direitos humanos constituem base fundamental para a organização do Estado Espanhol, por isso o art.10.2 CE/1978 estabelece que as normas relativas a direitos fundamentais e liberdades presentes na CE/1978 serão interpretadas de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre esse tema ratificados pelo país. O Constituinte espanhol, inspirado na Constituição de Portugal de 1976, que em seu art. 16.2⁴⁰⁸ coloca a Declaração Universal dos Direitos do Homem como vetor interpretativo para as normas Constitucionais e legais relativas à direitos humanos, optou por inserir texto similar no art.10.2 CE/1978.

Na época da elaboração da Constituição existiram debates entre os legisladores e também no seio da sociedade civil sobre tal inserção. Isso porque muitos entendiam que poderia ferir a soberania da Espanha. Entretanto, venceram aqueles que defendiam que tal dispositivo deveria ingressar no texto constitucional, com o entendimento de que daria a máxima efetividade às normas constitucionais, proporcionando maior alcance àquelas definidoras de direitos fundamentais e às liberdades constitucionais.

Ao longo dos anos, a prática judicial de interpretar as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas constitucionalmente em sintonia com a Declaração Universal de Direitos Humanos e outros tratados e acordos de direito internacional ratificados pelo país têm sido importante, pois contribuem para que se encontre o sentido de enunciados normativos vagos, indeterminados e de

⁴⁰⁶ GIL, Antonio Hernandez. **El cambio político español y la Constitución**. Madrid: Grupo Planeta, 1982, p. 422.

⁴⁰⁷ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

⁴⁰⁸ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** – 02 de abril de 1976. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 14 abr. 2022.

natureza controversa e também para que ocorra a atualização da interpretação a respeito dos direitos fundamentais⁴⁰⁹.

O Tribunal Constitucional Espanhol reconheceu a importância desse importante vetor de interpretação constitucional (art. 10.2) como regra de hermenêutica. Assim, os parâmetros internacionais de interpretação a respeito dos direitos humanos têm sido, principalmente, a Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Públicas (CEDH - 1950) e a jurisprudência produzida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e, ainda, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP - 1966). Assim, o Tribunal Constitucional Espanhol, em regra, segue a jurisprudência da TEDH (*case law* de Estrasburgo). Apesar de citada expressamente no texto constitucional, o uso da Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH) como vetor de interpretação é mais modesto, o que pode ser explicado pela ausência de um órgão de garantia jurisdicional específica da DUDH. Também é utilizada, com menor frequência, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), com base no permissivo jurídico dos arts. 10.2 e 93 CE/1978⁴¹⁰.

O Tribunal Constitucional Espanhol entende que o art.10.2 da CE/1978 estabelece o uso obrigatório dos instrumentos de direito internacional ratificados pelo país como vetores de interpretação constitucional. E entende que essa regra também se aplica ao legislador, que não pode criar norma infraconstitucional em desacordo com o que determina o art.10.2 da CE/1978. A interpretação conforme pode ser vista sob duas perspectivas: como uma mera conformidade em sentido estrito, ou seja, interpretação não contraditória com os textos internacionais nos termos do art.10.2 CE/1978; ou considera que o conteúdo dos textos internacionais ratificados transformam-se por força desse mandato de interpretação no próprio conteúdo

⁴⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. 231.

⁴¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. 231.

constitucional declarado nos direitos e liberdades estabelecidos no segundo capítulo do título 1 da CE/1978⁴¹¹.

Os estudiosos do direito e a jurisprudência têm, em sua maioria, defendido que os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, em regra possuem caráter limitado, pelo fato de muitos deles serem abrigados em princípios que são abertos e possuem sentido semântico indeterminado.

Entretanto, Vicente Gimeno Sendra *et all.* ressaltam que a CE/1978 estabelece algumas garantias em caráter imperativo e sem apontar qualquer distinção ou exceção, que se impõem como absolutas. Assim, o direito à integridade física e psíquica como uma garantia do direito à vida (art. 15 CE/1978) não admite tortura ou tratamentos desumanos e degradantes. Da mesma maneira, como garantia do direito à liberdade religiosa não há obrigação imposta ao indivíduo de se declarar sobre sua ideologia, religião ou crença (art.16.2 CE/1978). E, ainda, embora a Constituição de 1978 não mencione expressamente a condição de homem livre de todos que pisem no território espanhol, esse é um direito absoluto, por ser um pressuposto do sistema constitucional de direitos. Sendo assim, vedada de forma absoluta que qualquer ser humano seja escravizado ou reduzido a condições análogas à de escravo na Espanha⁴¹².

Nos demais casos, os limites aos direitos fundamentais são previstos no próprio texto constitucional e, de acordo com o art. 81 CE/1978, o seu exercício só pode sofrer restrições por lei orgânica que respeite o seu conteúdo essencial.

O Tribunal Constitucional tem interpretado os dispositivos a respeito dos direitos fundamentais e, na medida do possível, respondido o que se considera conteúdo essencial desses direitos. Para tanto procura passar pelas seguintes etapas: inicialmente, busca o entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídica do direito fundamental em tela, depois elenca as características essenciais para

⁴¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018, p. 242-244

⁴¹² SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 107.

configuração daquela natureza jurídica de direito fundamental e, por fim, afasta os sentidos que desnaturam a natureza jurídica do direito fundamental⁴¹³.

No Estado Democrático de Direito, a regra para o exercício dos direitos fundamentais, das liberdades e suas garantias, é a liberdade. De tal forma que qualquer limitação ao exercício desses direitos, mesmo que imposta por lei, deve ser fundamentada e essa fundamentação é um requisito para que se admita a limitação desses direitos. Nesse sentido, a CEDH estabelece que o exercício dos direitos fundamentais e das liberdades só pode sofrer restrições por meio de lei e o art.18 CEDH veda que as restrições sejam aplicados para fins distintos daqueles para os quais foram criadas⁴¹⁴.

Os princípios possuem alta carga valorativa. Em regra, possuem conteúdo semântico aberto e indeterminado. Por isso, quando aplicados aos casos concretos, para resolver essa questão, os tomadores de decisões usam, notadamente, o instrumento hermenêutico constitucional denominado princípio da proporcionalidade. O instituto se originou na Alemanha e, atualmente, faz parte da jurisprudência constitucional de diversos países ocidentais como a Espanha e o Brasil e órgãos jurisdicionais internacionais, tais como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e o Tribunal de Justiça da Comunidades Europeias

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo possui 3 subespécies, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Para que o subprincípio da adequação seja atendido é preciso preencher duas exigências cumulativas: os fins que o Estado busca devem ser legítimos e os meios devem ser aptos para alcançar tais finalidades. Entende-se por legítima aquela finalidade que não contraria o sistema constitucional. E a medida utilizada deve contribuir, de alguma forma, para o alcance dos fins legítimos almejados. Inclusive, o julgamento da adequação de determinação ação pode ser *ex ante* ou *ex post*⁴¹⁵. Na proteção dos direitos fundamentais, o uso da perspectiva *ex post* pode ser a opção

⁴¹³ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 111.

⁴¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

⁴¹⁵ Na perspectiva *ex ante* o julgador considera apenas as informações e os dados disponíveis até a data do julgamento. Já na perspectiva *ex post* ele observa também os elementos supervenientes, como a verificação dos efeitos efetivamente gerados pela medida.

que dê máxima eficácia aos valores e princípios constitucionais, como por exemplo, impedir que medidas restritivas de direitos ou de outros bens jurídicos relevantes continuem surtindo efeito, sem que tenham gerado benefícios com sua efetivação. O subprincípio da necessidade, as medidas limitadoras devem ser essenciais para conseguir os fins legítimos pretendidos (o fim não pode ser alcançado por outro meio que não limita os direitos fundamentais). Por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido é feita uma análise comparativa entre os custos e os benefícios da medida examinada, tendo como parâmetro analítico o sistema constitucional de valores. Ou seja, pondera-se entre as diversas medidas possíveis que produzam resultados similares. Para alcançar determinado fim legítimo, o Estado deve optar sempre pela menos gravosa⁴¹⁶.

Nos processos sobre direitos fundamentais, notadamente na fase instrutória, devem ser aplicados os ensinamentos do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proporcionalidade, que possuem três elementos cumulativos: primeiro - o ato lesivo ao direito fundamental deve ser emanado pela autoridade competente; segundo – deve estar previsto em lei; terceiro – a decisão judicial que determina a restrição ao direito fundamental deve ser minuciosamente motivada (não pode haver dúvida da necessidade de se restringir o direito em questão)⁴¹⁷.

O TEDH e do Tribunal Constitucional Espanhol possuem ampla jurisprudência a respeito dos requisitos essenciais cumulativos para aplicação do princípio da proporcionalidade: os atos que limitam o exercício de um direito fundamental deve fundar-se e estar previstos em lei (princípio da legalidade), sendo que na Espanha só o Poder Legislativo e apenas por lei orgânica (art.81 CE/1978) pode prever as hipóteses em que o poder executivo ou o poder judiciário podem limitar os direitos fundamentais; a resolução que restringe tais direitos deve ser minuciosamente motivada; subprincípio da necessidade, ou seja, as medidas limitadoras devem ser essenciais para conseguir os fins legítimos pretendidos; subprincípio da adequação - congruência entre a medida planejada e a aquisição do bem constitucionalmente relevante; subprincípio da proporcionalidade em sentido

⁴¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1º ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, pp. 382 e ss.

⁴¹⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol – **SENTENCIA 55/1996**, 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3107>. Acesso em 01 mai. 2022.

estrito - a finalidade perseguida com aquele ato lesivo aos direitos fundamentais só pode ser alcançada por este ato e não com outro, igualmente eficaz, e menos lesivo aos direitos fundamentais (alternativa menos gravosa aos direitos fundamentais)⁴¹⁸.

Dessa forma, a violação ao princípio da proporcionalidade na limitação de qualquer direito fundamental de incidência na fase processual (privacidade, inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações – art. 18 CE/1978) ferirá direitos fundamentais materiais (direito à indenização) e, também, atingirá o ato probatório, que se fundará em prova obtida ilicitamente, e com isso, a sentença baseada nessa prova ilícita violará o princípio da presunção de inocência, do direito ao julgamento com todas as garantias. Essa sentença será impugnável por recursos ordinários, e, em última instância pelo recurso de amparo.

Interessante observar que os mesmos requisitos estabelecidos inicialmente pela doutrina alemã para interpretação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo foram aplicados pela CEDH e pelo TCE/1978 quanto à violação do princípio da proporcionalidade na limitação de direito fundamental de incidência na fase processual.

3.10 O DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

Desde o surgimento do Estado Espanhol, a questão religiosa esteve presente com significativa relevância política, como exemplificam a política adotada pelos Reis católicos que expandiam o Catolicismo, estabelecendo a religião católica como oficial em suas colônias, o processo de evangelização católica da América e a defesa do Catolicismo contra o Império Otomano muçulmano e contra os protestantes

⁴¹⁸ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 133-134: “No TEDH com base nos julgados: - caso Handyside, sentença de 7 de dezembro de 1976; “The Sunday Times”, sentença de 26 de abril de 1979; Sporrang e Lohnroth, sentença de 24 de setembro de 1982; Bartoldt, sentença de 25 março de 1985). E no Tribunal Constitucional Espanhol (STC 62/1982, de 15 de outubro; STC 13/1985, de 31 de janeiro; STC 37/1989, de 15 de fevereiro; STC 50/1995, de 23 de fevereiro; STC 166/1999, de 27 de setembro; STC 299/2000, de 11 de dezembro; STC 138/2001, de 10 de junho). ” (Tradução nossa)

no reinado de Filipe II. Assim, o fator religioso esteve presente na formação da identidade nacional da Espanha.

A relação do Estado Espanhol com a Igreja tem se transformado ao longo dos anos, o que pode ser verificado nos textos das suas Constituições. O primeiro texto constitucional foi o Estatuto de Bayona (1808)⁴¹⁹, que dedicou o primeiro título à questão religiosa, composto de apenas um artigo (art.1º), estabelecendo que a religião católica apostólica romana na Espanha, e em todas as possessões espanholas, será a religião oficial do Rei e da Nação, e não se permitirá nenhuma outra. No mesmo sentido, a Constituição de Cádiz (1812) estabeleceu o Estado confessional e católico apostólico romano como único e verdadeiro e proibiu o exercício de qualquer outra religião (art.12)⁴²⁰.

A Constituição de 1834 não fez menção à religião. Já a Constituição de 1837⁴²¹ volta a abordar no art.11 a relação do Estado com a Igreja e informa que a Nação se obriga a manter o culto e os ministros da religião católica e não há proibição ao exercício de outras religiões. A Constituição de 1845, em seu art.11, voltou a dizer expressamente que a religião católica apostólica romana é a adotada pela Espanha e que o Estado se obriga a manter seus cultos e seus ministros, mas não veda o exercício de outras religiões.

A Constituição de 1869, em seu art. 21⁴²², continua a estabelecer a obrigação da Nação de manter o culto e os ministros da Igreja Católica, mas é a primeira Constituição Espanhola que expressamente assegura aos estrangeiros e aos espanhóis o direito ao exercício público ou privado de qualquer outro culto que não o católico, limitado apenas pelas regras universais da moral e do Direito.

Diversamente, a Constituição de 1876, em seu art.11, volta a estabelecer a religião católica apostólica romana como a oficial do Estado. Mantém a obrigatoriedade de a Nação manter o culto e seus ministros. Assim, o Estado Espanhol

⁴¹⁹ ESPANHA. **Constituição de 1808 – Estatuto de Bayona**. Disponível em https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/Bayona_cd.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

⁴²⁰ ESPANHA. **Constitución Española de 1812**. Disponível em <https://www.congreso.es/en/web/guest/cem/const1812>. Acesso em 07 fev. 2022.

⁴²¹ ESPANHA. **Constitución de la Monarquía Española año 1837**. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf. Acesso em 07 fev. 2022.

⁴²² ESPANHA. **Constitución Democrática de la Nación Española**. Promulgada el día 8 de junio de 1869. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf. Acesso em 08 fev. 2022.

volta a ser confessional com colaboração ativa com o clero. Esse dispositivo vai além, pois possibilita a todos não serem reprimidos por suas opiniões religiosas e exercício das respectivas crenças, mantido o devido respeito à moral cristã. Mas veda manifestações públicas e cultos de outras religiões que não a do Estado. Assim, a garantia ao exercício de outras religiões se restringia ao âmbito privado e não abrangia a liberdade de manifestação pública e de cultos.

Ampliando a liberdade religiosa, a Constituição de 1931, no art.3º, estabelece a Espanha como Estado não confessional. É certo que, embora denominado não confessional, na prática os demais dispositivos Constitucionais constituíram um Estado laico. Isso porque houve total separação entre Igreja e Estado, não se permitiu sua interferência em assuntos políticos, estabeleceu isonomia frente as religiões (o Estado não pode subvencionar qualquer religião) e vedou que se estabelecessem distinções entre religiões pelo ordenamento jurídico do país como um todo. O art. 26 da CE/1931 transforma as organizações religiosas em associações e proíbe contribuição financeira da Espanha para a Igreja. O art. 27 da CE/1931 determina a liberdade de consciência e o direito de professar qualquer religião que esteja registrada na Espanha com a ressalva de ser devido respeito à moral pública. Atribui à jurisdição civil a administração dos cemitérios, sem que ocorra separação de túmulos por motivos religiosos. Mantém o livre exercício privado dos cultos religiosos, mas as manifestações públicas de culto devem ser autorizadas pelo governo. Pela primeira vez, uma Constituição espanhola reconhece às pessoas o direito de não declararem oficialmente suas crenças religiosas.

Importante observar que a Constituição de 1931 foi elaborada em um período da história espanhola marcado pelo secularismo e separação total do Estado da Igreja Católica. Inclusive, foi dissolvida a Companhia de Jesus, foi suprimido o orçamento para o clero, estabeleceu-se a proibição do exercício do ensino por ordens religiosas, além de severo regime fiscal e ameaça de confisco dos bens da Igreja Católica⁴²³.

A Constituição da Espanha de 1978, em seu art.16, manteve a Espanha como não confessional, ou seja, não existe religião oficial da Espanha. As relações entre o Estado e a Igreja são autônomas, isto é, a Igreja não interfere na política e na

⁴²³ ARAÚJO, J. Oliver. **La Constitución Republicana de 1931**. Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 6, n.1, 1997, p. 111-112.

administração da Nação e o Estado não se imiscui nos assuntos religiosos interna *corporis* (autonomia entre o Estado e a igreja). A separação entre o Estado e a Igreja foi amenizada, pois tornou-se possível a realização de acordos de cooperação entre o Estado e entidades religiosas (qualquer denominação religiosa).

Pode-se afirmar que a Espanha volta a ser, de fato, um país não confessional e não um Estado laico. O que pode explicar essa retomada do Estado não confessional talvez seja a intensa participação da sociedade espanhola na elaboração da Constituição de 1978 e o caráter conciliatório e unificador sob o qual o texto foi redigido. A ruptura abrupta com a Igreja Católica realizada pela Constituição de 1931 havia deixado parcela significativa da população do país insatisfeita e, em 1978, procurou-se corrigir o secularismo negativo da Constituição anterior. Na Lei Maior de 1978, o Estado reconhece o valor público da religião, a reconhece como fato social e assume a relevância do fato religioso e, com isso, possibilita estabelecer a cooperação entre o país e as instituições religiosas para promoção do bem-estar social.

O direito de liberdade religiosa foi protegido em diversos aspectos pelo art.16 da CE: assegurou a liberdade religiosa individual da população; garantiu a liberdade de culto individual e coletivo ou comunitário; estabeleceu as garantias da liberdade religiosa, quais sejam, direito de não declarar a respeito da religião professada, o Estado está proibido de adotar uma religião oficial e a possibilidade de cooperação dos poderes públicos e as confissões religiosas; fixou como limite o respeito à ordem pública⁴²⁴. Esse dispositivo assegurou a liberdade ideológica e religiosa. O art.14 CE/1978 estabelece a igualdade dos espanhóis ante a lei e veda qualquer discriminação em função da religião adotada pela pessoa ou do fato de a pessoa não ter religião. Já o art.27.3 CE/1978 garante aos pais o direito de que seus filhos recebam formação religiosa conforme as suas convicções⁴²⁵.

⁴²⁴ Compõe a ordem pública respeito aos direitos fundamentais e liberdades publicas. Sendo que só quando colocados em certo perigo a segurança, a saúde e a moralidade publica pode a ordem democrática invocar a ordem pública como limite ao exercício da liberdade religiosa e de culto. ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 46/2001**, de 15 de febrero (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4342>. Acesso em 24 abr. 2022. ESPANHA. **Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana**. Disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442. Acesso em 24 abr. 2022. Art. 1º Lei Orgánica 4/2015

⁴²⁵ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017., p. 160.

Há dois princípios fundamentais do sistema político que determinam a atitude do Estado em relação aos fenômenos religiosos e suas relações com as confissões religiosas. O primeiro deles é a liberdade religiosa entendida como direito subjetivo fundamental de cada indivíduo e uma esfera de livre ação da pessoa (ter ou não uma religião) e o segundo é a igualdade (arts. 9º e 14 CE/1978), do qual decorre a impossibilidade de discriminação ou tratamento jurídico diferenciado dos cidadãos com base nas suas ideologias e convicções religiosas, e ainda, que deve haver igual gozo da liberdade religiosa por todos⁴²⁶.

De forma semelhante aos outros direitos, o direito fundamental à liberdade religiosa não é absoluto. Pode ser restringido por lei orgânica, desde que seja de interesse geral, e os requisitos e o alcance da restrição estejam suficientemente especificados na lei orgânica e respeitem o princípio da proporcionalidade⁴²⁷.

Além dos aspectos constitucionalmente estabelecidos, a lei orgânica da liberdade religiosa (lei orgânica 7/1980) inter-relaciona o direito de liberdade religiosa com a liberdade de reunião e associação. Sendo que, devido ao direito de liberdade de reunião, a Lei Orgânica 7/1980 reconhece que as diferentes denominações religiosas possuem o direito de estabelecer os seus locais de reunião ou de culto. Em decorrência do direito de associação, a Lei Orgânica 7/1980 estabelece o direito individual de associação para fins religiosos e o direito das confissões religiosas de constituir associações, adquirir personalidade jurídica com o registro da entidade religiosa no Ministério da Presidência, relações com os tribunais e memória democrática como registro geral e público⁴²⁸.

As garantias constitucionais processuais ao exercício do direito de liberdade religiosa decorrem da própria estrutura da Constituição de 1978. Isso porque o direito de liberdade religiosa foi inserido na seção 1º, que aborda os direitos fundamentais e liberdades públicas. Sendo assim, possuem especial proteção constitucional, pois só podem ser regulamentados por leis orgânicas (art.81 CE/1978),

⁴²⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 76/2019**, de 22 de mayo (BOE núm 76, de 25 de junio de 2019). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25942>. Acesso em 03 mai. 2022.

⁴²⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 24/1982**, de 13 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/66>. Acesso em 24 de abr. 2022.

⁴²⁸ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017., p. 161.

que devem respeitar o seu conteúdo essencial disposto na Constituição de 1978. Outra garantia processual que os direitos fundamentais e as liberdades públicas possuem é o recurso sumário e preferencial perante os tribunais e recurso de amparo para o Tribunal Constitucional (art. 53 CE/1978).

O Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade ideológica consagrada no art.16 CE/1978 tem uma dimensão positiva ao proteger a manifestação externa da liberdade religiosa, que só tem como limite o respeito à manutenção da ordem pública, e possui uma dimensão negativa, que é o direito da pessoa de não declarar sua ideologia. Em síntese, a liberdade ideológica engloba o direito de apresentar as suas ideias ou aderir a outras já existentes, o que pode ser feito de forma individual e coletiva. E também inclui a opção de rejeitá-las ou modificá-las, no momento que lhe for conveniente e ainda o direito a não manifestar as próprias ideias, posições políticas e crenças religiosas sem sofrer qualquer tipo de coação, constrangimento e perturbação, antes ou depois da sua proclamação ou modificação, nem decorrente da opção livre por se manter silente⁴²⁹.

E, ainda, o Tribunal Constitucional entende que a amplitude da liberdade ideológica reconhecida no art.16.1 CE/1978 é máxima, não apenas no âmbito da Constituição/1978 como de todo o ordenamento jurídico. Isso porque tem como fundamento os valores essenciais do art. 1.1. da CE/1978 e a dignidade humana (art.10.1 CE/1978). E as limitações ao exercício do direito de liberdade ideológica devem ser entendidas restritivamente e no sentido mais favorável à efetividade e essência de tal direito. Ao mesmo tempo, não é possível aplicar à liberdade de expressão do art.20 CE/1978 as previsões mais restritivas do exercício do direito de liberdade religiosa do art.16.1 CE/1978, pois essa última previsão é mais restritiva ao direito fundamental por impor como limite ao seu exercício o respeito à ordem pública⁴³⁰.

Nesse sentido, a Convenção Europeia de Direitos do Homem dispõe em seu art.9º que a liberdade de pensamento, de consciência e de religião são inerentes

⁴²⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 76/2019**, de 22 de mayo (BOE núm 76, de 25 de junio de 2019). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25942>. Acesso em 03 mai. 2022.

⁴³⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 20/1990**, de febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1445>. Acesso em 03 mai. 2022.

ao homem e qualquer pessoa os possui, que esse direito significa que a pessoa é livre para não ter religião, mudar de crença ou religião e para manifestar suas crenças e religião, individual ou coletivamente, em público ou em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. As únicas limitações possíveis a esse direito são as previstas na lei e que constituírem disposições necessárias à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde, e da moral públicas, ou a proteção aos direitos e liberdades de outrem. No artigo 2º estabelece o direito de ser instruído de acordo com suas convicções religiosas. E no artigo 14 assegura o gozo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Europeia sem quaisquer distinções por motivo de religioso⁴³¹.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), comentada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o artigo 18 é profundo e abrangente. A liberdade de pensamento e de consciência são protegidas da mesma forma que a liberdade de religião e crença. Há proteção das crenças teístas e não-teístas, bem como o direito de professar ou não qualquer religião ou crença. A liberdade de pensamento, de consciência e religião ou crença é um direito subjetivo do indivíduo, ao qual não se admite qualquer limitação. Por outro lado, a liberdade de manifestação religiosa pode ser exercida, de forma individual ou coletiva, tanto em público como em privado. A liberdade de manifestação externa abrange culto⁴³², costumes⁴³³ e ensino⁴³⁴. A liberdade de possuir uma religião inclui o direito de manter ou mudar de crenças ou de optar pelo ateísmo - sendo vedado qualquer tipo de coerção, uso da

⁴³¹ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

⁴³² O conceito de culto estende-se aos atos rituais e cerimoniais com os quais as crenças se manifestam diretamente, bem como às diversas práticas que são parte integrante de tais atos, incluindo a construção de locais de culto, o uso de fórmulas e objetos rituais, a exibição de símbolos e a observância de festas religiosas e dias de folga.

⁴³³ Os costumes envolvem a observância de regulamentos alimentares, o uso de roupas e chapéus distintos, participação de ritos associados a certa fase da vida e o uso de uma linguagem especial, geralmente, falada apenas pelos membros do grupo.

⁴³⁴ O ensino envolve o modo como o grupo religioso realiza as suas atividades fundamentais, a liberdade de escolher seus líderes religiosos, sacerdotes e professores e a liberdade de estabelecer escolas religiosas ou seminários, por fim, a liberdade de preparar e distribuir publicações religiosas.

força, imposição de sanções, limitar o acesso à saúde, à educação e ao emprego pelo exercício de opção religiosa⁴³⁵.

A liberdade de educação, prevista no art.27.1 CE, uma projeção da liberdade ideológica e religiosa e que ainda inclui poder pensar livremente, ter ideias e expressá-las, está ligada aos direitos previstos nos arts. 16.1 e 20.1 CE/1978. A liberdade de ensinar inclui o direito de criar entidades de ensino (art.27.6), e também, o direito de quem exerce pessoalmente a função de ensinar de poder exercer seu ofício dentro dos limites do cargo de professor (art.27.1 CE/1978) e os direitos que os pais possuem de escolher a educação religiosa e moral dos seus filhos de acordo com suas crenças decorre também do princípio da liberdade de educação (art.27.3 CE/1978)⁴³⁶.

O art.27.3 CE/1978 se refere ao direito que os pais possuem de que seus filhos recebam formação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções. As escolas públicas possuem a obrigação de oferecer ensino religioso. Esse pode ser de qualquer religião, mas, em geral, é a católica que tem se habilitado para prestar esse serviço. Na prática, efetiva-se tal dispositivo Constitucional na organização da disciplina religião e da disciplina alternativa. De acordo com STC 5/1981⁴³⁷, o ensino deve ser ideologicamente neutro e afastado da doutrinação e o objetivo do ensino religioso é o pleno desenvolvimento dos princípios democráticos de convivência e dos direitos e liberdades fundamentais. O direito dos pais de escolher o tipo de educação moral e religiosa para seus filhos não pode ser oposto às entidades privadas de ensino, pois os pais exercem o direito do art. 27.3 CE/1978 *ex ante*, ou seja, na escolha da escola particular que mais se adequa à formação religiosa e moral que deseja dar aos seus filhos.

A prestação de assistência religiosa católica pelo Estado a cidadão das forças armadas não ofende a Constituição/1978. Pelo contrário, oferece a

⁴³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. HRI/GEN/1/Ver.9 (Vol. I) 27 de mayo de 2008. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/35/PDF/G0842235.pdf?OpenElement>. Acesso em 5 mai. 2022.

⁴³⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 5/1991**, de 14 de enero.(BOE núm. 38, de 13 de febrero de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1644>. Acesso em 03 mai. 2022.

⁴³⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 5/1991**, de 14 de enero.(BOE núm. 38, de 13 de febrero de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1644>. Acesso em 03 mai. 2022.

oportunidade de efetivação do direito ao culto aos indivíduos e comunidades. Os indivíduos que servem às forças armadas possuem liberdade de escolher ou rejeitar esse serviço de assistência religiosa católica que lhes é oferecido. E não viola o direito de igualdade porque outras confissões religiosas também podem ofertar tais serviços às forças armadas⁴³⁸.

Tanto o oferecimento de educação religiosa em escolas públicas quanto a prestação da assistência religiosa no âmbito das forças armadas decorrem do princípio da cooperação, que possui natureza jurídica de dever estatal. O Estado, para cumprir esse dever, faz acordos com entidades religiosas. A Constituição de 1978 faz, expressamente, menção à Igreja Católica. Quando da elaboração da Lei Maior de 1978 houve debates entre os diversos atores políticos a respeito do fato de se incluir a Igreja Católica e nenhuma outra religião não seria uma forma de driblar o Estado não confessional. Tal menção se justifica pelo próprio processo histórico das relações entre a Igreja Católica e o Estado Espanhol, sendo que ela se fez presente desde da fundação do Estado Espanhol e é a principal religião professada pelos espanhóis.

Vicente Gimeno Sendra *et all* acreditam que a simples menção não significa nenhum privilégio à Igreja Católica. Qualquer privilégio constatado decorre dos acordos firmados entre a Santa Sé e a Espanha, e não da simples menção Constitucional. O Poder Legislativo deve aprovar tais acordos para que entrem em vigor. O Tribunal Constitucional (STC 6/1997) avaliou uma vez, indiretamente, a constitucionalidade do acordo firmado entre Espanha e Santa Sé sobre assuntos jurídicos, em que foi questionada a eficácia civil das sentenças de anulação do casamento e seus efeitos constitutivos, pois a mudança do estado civil dos cônjuges, pelo acordo, se dá pela mera anotação no registro civil da decisão de anulação do casamento. O Tribunal entendeu que, por não atender o disposto no art.24 CE, o art.

⁴³⁸ A assistência religiosa nas Forças Armadas é atualmente regulamentada e desenvolvida pelo RD 1145/1990, de 7 de setembro, que cria o Serviço de Assistência Religiosa das Forças Armadas (SARFAS), cumprindo assim o disposto, na data, na Lei 17/1989, especificamente em sua Sétima Disposição Final. Esta última disposição foi atualizada, por sua vez, pela Oitava Disposição Adicional, denominada Serviço de Assistência Religiosa, da Lei 39/2007. ESPANHA. **Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-23337>. Acesso em 01 mar. 2022. ESPANHA. **Ley 17/1989, de 23 de octubre, de Creación de Escalas del Personal Sanitario al Servicio de la Comunidad Autónoma**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-3457>. Acesso em 01 mar. 2022. ESPANHA. **Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-19880>. Acesso em 01 mar. 2022.

XXIV do acordo de 1953 poderia ter sua constitucionalidade questionada, pois, entendeu que um acordo feito entre a Santa Sé e a Espanha não é capaz de alterar o estado civil das pessoas. No caso específico que o Tribunal estava analisando não foi declarada a inconstitucionalidade do art. XXIV do acordo de 1953, porque, nas sentenças recorridas, a alteração do estado civil não se deu pela anulação do casamento, as partes esperaram sair o pronunciamento do divórcio para ir ao cartório e pedir a alteração do estado civil⁴³⁹.

No Tribunal Constitucional, foi questionada a constitucionalidade do art. III do acordo sobre educação e cultura celebrado entre a Espanha e a Santa Sé. Especificamente, foi questionada a nomeação de professores ligados à Igreja Católica para ministrar aulas de ensino religioso nas escolas públicas. E, ainda, em diversos casos, questionaram as situações em que a Igreja Católica não renovou o contrato de trabalho de determinado professor que ministrava a disciplina de ensino religioso, porque o professor professava outra religião. O TC tem decidido, repetidamente, pela constitucionalidade dos dispositivos do referido acordo, pois aquela disciplina era responsabilidade da Igreja Católica. E se qualquer outra religião quiser oferecer disciplina similar na escola pública deve apenas passar pelos trâmites necessários para fazer um acordo com o Estado Espanhol⁴⁴⁰.

Cumprir lembrar do acordo econômico celebrado entre a Santa Sé e o Estado Espanhol. Nesse acordo foi estabelecido que, se o cidadão quiser, ele pode atribuir uma participação à Igreja Católica na sua declaração de imposto de renda. Decorre do art.16.3 CE/1978 a possibilidade de se firmar acordos de cooperação entre o Estado e as entidades religiosas. O acordo foi firmado com a Santa Sé, mas poderia ter sido feito com qualquer outra entidade religiosa.⁴⁴¹

Uma questão polêmica na Espanha foi o direito a objeção de consciência⁴⁴² e a prestação social substitutiva (art. 30.2 CE/1978). Esse dispositivo afirmou que a

⁴³⁹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 161.

⁴⁴⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 128/2007**, de 4 de junio (BOE núm. 161, de 06 de julio de 2007). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6095>. Acesso em 03 mai. 2022.

⁴⁴¹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 162.

⁴⁴² Por objeção de consciência entenda como o direito de ser dispensado de cumprimento dos deveres constitucionais ou legais porque esse cumprimento é contrário às próprias convicções. (STC 161/1987, de 27 de outubro). ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 161/1987**, de 27 de octubre (BOE núm.

lei estabelecerá a prestação social substitutiva. O conjunto normativo de objeção de consciência foi editado em 1984 (Lei 48/1984⁴⁴³ e Lei Orgânica 08/1984⁴⁴⁴ e Decreto Real 551/1985⁴⁴⁵) e começou a ser aplicado em 1989. Ocorre que, desde 1977, após o final do regime franquista, o Ministro da Defesa, por uma ordem interna, determinou que até que sobreviesse a lei que regulamentasse o art.30 da CE/1978, todos que não quisessem prestar o serviço militar obrigatório estavam dispensados dele, sem necessidade de prestação substitutiva. Quando a lei de objeção de consciência, começou a ser aplicada em 1989, os espanhóis que, por motivos de consciência, decidiram não prestar o serviço militar, também não queriam cumprir a prestação social substitutiva. O movimento de objeção de consciência (MOC) começou a atuar coletivamente pela defesa do direito de não prestar o serviço militar obrigatório e nem a prestação social alternativa. Em um típico ato de desobediência civil, os espanhóis que optaram por não prestar os serviços militares também não cumpriam a prestação social substitutiva⁴⁴⁶. Várias ações de inconstitucionalidade da Lei 48/1984 e da Lei Orgânica 08/1984 foram interpostas, sendo que o Tribunal Constitucional analisou algumas dessas ações. A competência do Tribunal Constitucional decorre do art. 30.2 CE, pois a Constituição previu que o recurso de amparo constitucional é aplicável à objeção de consciência, apesar da objeção de consciência não ser considerada um direito fundamental pela CE/1978. Inclusive, o Tribunal Constitucional decidiu que o

271 de 12 de noviembre de 1987). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/893>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁴³ ESPANHA. **Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-28226>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁴⁴ ESPANHA. **Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. Disponível em <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-28224>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁴⁵ ESPANHA. **Real Decreto 551/1985, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-7171>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁴⁶ RENNER, José Alcides. **A objeção de consciência ao serviço militar como forma de desobediência civil frente às obrigações e políticas militaristas: o caso do Movimento de Objeção de Consciência na Espanha**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 11, p. 321-324, 2 jun. 2012.

direito de objeção de consciência não é um direito fundamental e o fato de ser amparado pelo recurso de amparo não faz dele um direito fundamental⁴⁴⁷.

A Lei 48/1985 foi revogada pela Lei 22/1998⁴⁴⁸, de 6 de julho. E a Lei 17/1999⁴⁴⁹ profissionalizou as forças armadas espanholas e suprimiu a prestação de serviço militar obrigatório na Espanha até que a defesa do país o exija. Assim, a discussão sobre a prestação substitutiva ao serviço militar obrigatório deixou de ser interessante para a sociedade.

Cumprе lembrar que o Tribunal Constitucional reconheceu o direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde em práticas médicas, tais como interrupção voluntária da gravidez, fertilização artificial e na dispensação de medicamentos como a pílula do dia seguinte. Esse Tribunal reconheceu, especificamente em relação à dispensação da pílula do dia seguinte, o direito do farmacêutico alegar objeção de consciência⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 160/1987**, de 27 de octubre (BOE núm. 271 de 12 de noviembre de 1987). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/892>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁴⁸ ESPANHA. **Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16132>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁴⁹ ESPANHA. **Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-11194>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁴⁵⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 145/2015**, de 25 de junio.(BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24527>. Acesso em 03 mai. 2022.

4. OS MECANISMOS PROCESSUAIS DE DEFESA DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

4.1 INTRODUÇÃO

O constituinte de 1988 definiu um rol de direitos fundamentais e as garantias constitucionais gerais e processuais para o seu exercício. O direito de liberdade religiosa foi amplamente protegido pela Constituição Federal de 1988, uma vez que foi garantido o direito em si e foram previstos os meios processuais para assegurar a sua efetivação.

O recorte conceitual para constituir o objeto de estudo desta tese se dá no âmbito das possíveis atuações do indivíduo ou grupo de pessoas para assegurar o exercício do direito de liberdade religiosa perante o Poder Judiciário brasileiro. Ou seja, o enfoque será dado à jurisdição constitucional, a qual é constituída pelas ações de controle de constitucionalidade e pelas ações constitucionais.

A partir da análise dos julgados dos Tribunais superiores do Brasil, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre a violação ao direito de liberdade religiosa no País, constatou-se que os meios processuais mais utilizados para a proteção de tal direito são as ações de controle de constitucionalidade. Isso não significa que os denominados remédios constitucionais sejam inaptos para a tutela desse direito, apenas que foram pouco usados.

A tutela dos direitos fundamentais, entre eles o de liberdade religiosa, tem sido buscada de maneira notável por meio das ações coletivas. Por isso este capítulo apresenta com especial enfoque o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

A jurisdição constitucional envolve as ações de controle de constitucionalidade e as ações constitucionais. Essas ações são garantias colocadas à disposição da população para a efetivação dos seus direitos fundamentais. Nas palavras de Dinamarco⁴⁵¹:

⁴⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 25.

“A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido de Constituição-processo, tem-se a tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos e à preservação das garantias oferecidas pela Constituição (‘jurisdição constitucional das liberdades’), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”.

Neste texto será adotada a classificação proposta por Dinamarco. Serão analisadas as garantias constitucionais na vertente de processo-Constituição, abordando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e, especialmente, a jurisdição constitucional das liberdades.

Na seara processual, as garantias constitucionais das liberdades são compostas por um conjunto de ações constitucionais: ação popular (art.5º, LXXIII, CF/88), mandado de segurança (art.5º, LXIX, CF/88), mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX, CF/88), mandado de injunção (art.5º, LXXI, CF/88), *habeas data* (art.5º, LXXII, CF/88) e *habeas corpus* (art.5º, LXVIII, CF/88) e a ação civil pública (art.129, III, CF/88). A tutela da efetivação do direito de liberdade religiosa pode ser promovida por qualquer uma dessas ações constitucionais.

Esta tese não possui a pretensão de esgotar as posições doutrinárias e entendimentos expressos em julgados sobre os meios processuais para efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, mas apresentar os instrumentos processuais existentes para a proteção do direito de liberdade religiosa.

4.2 AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As ações de controle de constitucionalidade têm sido instrumentos jurídicos muito usados perante os tribunais brasileiros para a garantia do direito de liberdade religiosa, notadamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando leis que agredem os artigos 5º, incisos VI e VIII e 19, inciso I, da Constituição Federal 1988 (dispositivos que asseguram a liberdade de religião e laicidade do Estado brasileiro).

Assim, explanar a respeito das espécies, da estrutura, do conteúdo e do cabimento das ações de controle de constitucionalidade é relevante para uma tese que pretende abordar os meios processuais para efetivação do direito de liberdade religiosa.

Os sistemas de controle de constitucionalidade podem ser jurisdicionais, políticos ou mistos. Quando esse controle é realizado pelo Poder Judiciário tem-se o sistema jurisdicional. Há países em que o controle de constitucionalidade é feito por órgão não jurisdicional e é conhecido como controle político de constitucionalidade. Por exemplo, na França quem exerce tal controle é o Conselho Constitucional (órgão não pertencente ao Poder Judiciário). O sistema misto é aquele adotado nos países em que algumas espécies de leis se submetem ao controle jurisdicional e outras ao controle político. Na Suíça, por exemplo, quando se trata de lei nacional, o controle é exercido pelo próprio Poder Legislativo; se for uma lei local, quem faz o controle é o Poder Judiciário.

Dentro do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade há o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso é também chamado de controle aberto ou sistema norte americano, porque não existe uma reserva para exercer esse controle; qualquer juiz ou tribunal, dentro da sua competência, pode exercê-lo. O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América teve dois precedentes: *Hayburn's case* (1792), decisão das Cortes do circuito que declarou inconstitucional uma lei de pensão para inválidos e *Case Hylton vs. U.S.* (1796), questionando um ato do Congresso, que foi julgado constitucional pela Suprema Corte. O estabelecimento do controle de constitucionalidade difuso nos Estados Unidos da América se deu no caso *Marbury versus Madison*, o primeiro em que a Suprema Corte declarou uma lei inconstitucional.

O controle concentrado é conhecido como sistema austríaco ou europeu, pois surgiu na Áustria (Constituição Austríaca de 1920) e depois se espalhou pela Europa. Esse sistema foi criado por Hans Kelsen, que era Ministro da Guerra na Áustria e foi um dos responsáveis pela elaboração da Constituição Austríaca. Esse controle se concentrava no Tribunal Constitucional, o que não significa que os demais órgãos jurisdicionais não possam interpretar a Constituição.

A Constituição Imperial brasileira não previu o controle jurisdicional de constitucionalidade. Os incisos VIII e IX do artigo 15 da Constituição de 1824⁴⁵² atribuíram ao Poder Legislativo, via Assembleia Geral, o poder de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las e zelar pela guarda da Constituição. Essa Carta Constitucional foi fortemente influenciada pelo modelo francês, que adotou o sistema político de controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a Constituição Republicana de 1891, elaborada pelo Congresso Constituinte, se inspirou no modelo de controle de constitucionalidade norte americano e introduziu o controle difuso no ordenamento jurídico pátrio (art.59, § 1º, “a” e “b”, Constituição/1891)⁴⁵³.

Já na Constituição de 1934 foi dado um passo em direção ao controle concentrado de constitucionalidade, com a criação da representação interventiva (art.12, VI e § 1º, Constituição/1934). Também foi introduzida uma cláusula de reserva de plenário, ou seja, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só poderia ser proclamada pela maioria dos membros do Tribunal (art. 179, Constituição/1934). E, quando em sede de controle constitucionalidade, uma norma jurídica era declarada inconstitucional, o Senado tinha competência para dar eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal (art.91, IV, Constituição/1934)⁴⁵⁴.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, sendo de cunho ditatorial, tornou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro restrito. Apenas o artigo 96 abordava o tema, estabelecendo que só por voto da maioria absoluta dos seus Juízes os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis ou de ato do Presidente da República. Quando outorgada a Constituição em 1937,

⁴⁵² BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. “Título 4º - Do Poder Legislativo. Capítulo I – Do: Ramos do Poder Legislativo, e suas atribuições. Art. 15. É da atribuição da Assembleia Geral: (...) VIII – Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las e revoga-las. IX – Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação (...).” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 05 mar. 2022.

⁴⁵³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Art. 60, § 1º “Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 05 mar 2022.

⁴⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

o artigo 96 contava com o parágrafo único que previa que, se declarada a inconstitucionalidade de uma lei que o Presidente da República considerasse necessária ao bem-estar do povo ou promoção de relevante interesse nacional, ele poderia enviar a lei ao exame do Parlamento e, se o Poder Legislativo confirmasse a constitucionalidade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a declaração de inconstitucionalidade do tribunal não surtiria efeitos. Esse parágrafo único foi revogado pela lei constitucional nº 18 de 1945⁴⁵⁵.

Com o processo de redemocratização do Brasil, foi promulgada a Constituição de 1946 que, no seu texto original, manteve o controle difuso nos moldes da Constituição de 1934. A Emenda Constitucional 16 de 1965 ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, que passou a poder julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual mediante representação encaminhada pelo Procurador Geral da República (art.101, I, 'k', Constituição/1946)⁴⁵⁶. Assim, a emenda constitucional 16/1965 introduziu o controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro com a previsão da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual proposta pelo Procurador Geral da República.

A Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, manteve as previsões constitucionais da Constituição de 1946. Estavam previstos o

⁴⁵⁵ BRASIL. Lei nº 18, de 11 de dezembro de 1945. **Revoga o parágrafo único do art. 96 da Constituição**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT018.htm. Acesso em 05 mar. 2022. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Art 96 – “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. ~~Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.~~ (Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945).” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 05 mar 2022.

⁴⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Art 101 – “Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...) representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965) (...)” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 05 mar 2022.

controle difuso de constitucionalidade e a representação de inconstitucionalidade (art. 114, inciso I, 'I', Constituição 1967)⁴⁵⁷.

A Constituição Federal de 1988⁴⁵⁸ adotou o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade. Dentro desse sistema, o Poder Judiciário exerce um controle repressivo adotando o modelo misto: significa que ele combina o modelo difuso com o controle concentrado.

Entretanto, os Poderes Executivo e Legislativo também podem exercer o controle repressivo. O Legislativo faz o controle repressivo quando analisa a constitucionalidade de decretos expedidos pelo chefe do Poder Executivo que eventualmente exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art.49, V, CF/88) e quando averigua a constitucionalidade da medida provisória (art.62, CF/88).

O chefe do Poder Executivo pode negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional. Para isso é necessário motivar e dar publicidade ao seu ato por um decreto. Isso se dá porque não existe qualquer hierarquia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Devido ao princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal de 1988, o Executivo e o Judiciário obedecem às leis do Legislativo. Porém, se determinada lei é incompatível com a Lei Maior, eles devem observância, em primeiro lugar, à Constituição Federal de 1988.

O controle preventivo de constitucionalidade ocorre durante o processo de elaboração do ato normativo. É realizado, em regra, pelo Poder Legislativo, principalmente no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que averigua a constitucionalidade de projeto de lei ou de emenda à Constituição, e pelo plenário das casas legislativas. O Poder Executivo exerce o controle preventivo quando o Presidente da República veta uma lei por entender que é inconstitucional (art. 66, § 1º, CF/88). E o Poder Judiciário pode exercer o controle preventivo apenas na hipótese de mandado de segurança impetrado por parlamentar, por inobservância do devido processo legislativo constitucional, por exemplo proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF/88).

⁴⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM. Acesso em 11 fev. 2022.

⁴⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

O pressuposto para que exista o controle de constitucionalidade é a supremacia Constitucional, que pode ser material ou formal. A primeira se refere à superioridade da Constituição em razão do conteúdo fundamental nela consagrado: direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes. A segunda decorre da rigidez constitucional, ou seja, um processo mais dificultoso para alteração das normas constitucionais (art. 60, CF/88).

O parâmetro de controle constitucional engloba todas as normas expressas na Constituição e os tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88 (atualmente, apenas a Convenção sobre pessoas portadoras de deficiência, introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 6949/09).

A Constituição concebe condutas inconstitucionais praticadas pelo poder público, as quais podem ser por ação ou por omissão. A primeira hipótese se refere a uma conduta comissiva incompatível com a Constituição. A segunda ocorre quando o poder público tem o dever de agir mas se omite.

A inconstitucionalidade formal em sentido amplo se refere à situação em que não foi obedecido o procedimento constitucionalmente previsto para elaboração de determinada norma jurídica.

Quando a norma constitucional violada está relacionada ao processo legislativo constitucional (art.59 e ss, CF/88), ocorre inconstitucionalidade formal em sentido estrito.

Na inconstitucionalidade formal orgânica há violação de norma que estabelece competência para legislar sobre determinado tema.

Por fim, a inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos fica caracterizada quando a norma constitucional violada estabelece pressupostos objetivos para elaboração do ato infraconstitucional.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, ocorre quando há violação ao conteúdo do texto constitucional. Por exemplo, todas as normas jurídicas que violarem o conteúdo dos incisos do artigo 5º são materialmente inconstitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, os atos normativos ou leis anteriores à Constituição Federal de 1988 não podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Uma lei anterior que seja incompatível com a Constituição atualmente em vigor não é considerada inconstitucional, ela é considerada não recepcionada pela nova Constituição.

Uma determinada norma jurídica, objeto de controle de constitucionalidade, pode ter apenas vício formal, apenas vício material ou ambos. E, ainda, a inconstitucionalidade pode ser total ou parcial, ou seja, envolver a totalidade ou apenas parte do texto de um artigo, um inciso, uma alínea. Inclusive, a declaração de inconstitucionalidade parcial pode atingir apenas uma expressão ou palavra dentro do dispositivo.

A inconstitucionalidade da norma jurídica pode ser originária (lei objeto do controle é posterior à CF) ou superveniente originária (lei objeto do controle é anterior a CF). O sistema jurídico brasileiro não admite a tese da inconstitucionalidade superveniente, no caso, será considerado que a norma não foi recepcionada pela nova Constituição. Por exemplo: a lei de imprensa não foi recepcionada pela CF/88 (ADPF 130⁴⁵⁹).

O ato impugnado pode violar diretamente ou indiretamente a Constituição. Um decreto que tem disposição inconstitucional pode regulamentar uma lei constitucional (inconstitucionalidade indireta reflexa) ou inconstitucional (inconstitucionalidade indireta consequente). Na inconstitucionalidade reflexa não cabe ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental ou recurso extraordinário.

O controle concreto de constitucionalidade, também conhecido como controle incidental ou controle por via de exceção, é aquele que surge a partir de um caso concreto e que tem como principal finalidade a proteção de direitos subjetivos. No controle concreto, a pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional subjetivo (processo que visa assegurar direitos subjetivos). A inconstitucionalidade da lei não é a questão principal, é uma questão apenas incidental. Na fundamentação será analisada a inconstitucionalidade da lei. Em qualquer ação pode ser alegada a inconstitucionalidade de uma lei (habeas corpus, mandado de segurança, ação ordinária, entre outras).

O controle abstrato de constitucionalidade, também conhecido como controle por via principal ou via de ação, tem como principal finalidade a proteção da supremacia constitucional. Nesse tipo de controle, a inconstitucionalidade da lei é a

⁴⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 30/04/2009. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em 03 mar. 2022.

questão principal. A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional objetivo (a finalidade é a proteção da ordem constitucional objetiva).

O controle de constitucionalidade repressivo no Brasil é realizado, primordialmente, pelo Poder Judiciário, que o faz de forma difusa (quando exercido por qualquer juiz ou Tribunal) ou concentrada (exercido pelo STF em relação à CF/88 e pelos Tribunais de Justiça dos Estados em relação às Constituições dos Estados).

Assim, o controle difuso de constitucionalidade pode ser feito por qualquer órgão do Poder Judiciário e tem legitimidade para propor ação qualquer pessoa que tenha um direito subjetivo violado por um ato do poder público incompatível com a Constituição. No sistema jurídico brasileiro, todo controle difuso é também um controle concreto ou incidental.

Até mesmo uma norma formalmente constitucional já revogada pode servir de parâmetro para o controle difuso. Isso ocorre porque a finalidade do controle difuso é assegurar direitos subjetivos. Assim, o que interessa é a época em que o direito subjetivo foi violado. O que deve ser levado em consideração é a CF/88 e a lei vigente na época em que o fato ocorreu - *tempus regit actum*.

O objeto do controle difuso de constitucionalidade é amplo. Não há qualquer restrição à natureza jurídica do ato questionado. O juiz pode, por exemplo, dizer que um contrato firmado entre as partes não pode ser aplicado porque viola uma norma constitucional.

No controle difuso, o que será apreciado é o pedido da parte por proteção a um direito subjetivo. O julgador decidirá se o pedido é procedente ou improcedente. A inconstitucionalidade é apreciada de forma incidental na fundamentação da decisão, que só se aplica às partes do processo.

No sistema jurídico brasileiro, uma lei inconstitucional tem natureza de ato nulo, ou seja, tem vício na origem e é inconstitucional desde a sua criação. Assim, em regra, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos (*ex tunc*). A decisão liminar em sede de ação de controle de constitucionalidade possui efeitos *ex nunc* (art. 11, § 1º, lei 9.868/99). No entanto, há possibilidade de modulação temporal da decisão. Na declaração de inconstitucionalidade pode ser determinado que os efeitos sejam produzidos a partir do momento presente (*ex nunc*) ou que os efeitos sejam prospectivos (*pro futuro*). Os requisitos para poder modular os efeitos da decisão são razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social e a decisão

deve ser aprovada por 2/3 dos ministros do STF, ou seja, 08 ministros (aplicação analógica pelo STF do art. 27 da lei 9.868/99⁴⁶⁰).

No controle difuso, para que a decisão do STF proferida com efeitos entre as partes possa ser estendida a todos, o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de o Senado suspender com efeitos *erga omnes* a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Essa lei suspensa pelo Senado não será mais aplicada na ordem jurídica nacional.

A cláusula de reserva de plenário determina que apenas a maioria absoluta dos membros do órgão pleno ou especial poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art.97, CF/88).

As Cortes Superiores Brasileiras admitem a possibilidade de utilização da ação civil pública como instrumento de controle incidental. Para que não haja uma usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade não pode ser objeto do pedido, mas apenas o seu fundamento ou uma questão incidental. Isso porque se o objeto do pedido for a declaração de inconstitucionalidade, essa ação estará sendo utilizada como um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. E isso significaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Quando tal usurpação acontece, admite-se a propositura de reclamação constitucional para o Supremo Tribunal Federal.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade são: ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC), regidas pela lei 9.868/99, e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) regida pela lei 9.882/99⁴⁶¹.

Na hipótese de uma mesma lei ser objeto de ADI e ADC, essas duas ações são julgadas conjuntamente. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade possuem o caráter dúplice ou ambivalente. Assim, em relação a determinado objeto de controle, se a ADI for procedente a ADC será improcedente (art.24 da lei 9.868/99).

⁴⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

⁴⁶¹ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

A ação direta de inconstitucionalidade exige que exista controvérsia judicial relevante para sua propositura (art.14, lei 9.868/99). Tal exigência decorre da presunção de constitucionalidade das leis.

A ação de descumprimento de preceito fundamental possui caráter subsidiário, ou seja, só é cabível a ADPF quando não existir outro meio igualmente eficaz para sanar a lesividade (esse meio, para ser igualmente eficaz, tem que ter a mesma efetividade, amplitude e aplicação imediata). Por isso, não cabe ADPF quando couber ADI ou ADC ou a questão puder ser resolvida por pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 4º, § 1º, lei 9.882/99).

Interessante observar que nas ações de controle abstrato de constitucionalidade a causa de pedir é aberta, ou seja, abrange todos os dispositivos da Constituição, independentemente daqueles que foram invocados na inicial. Assim, o pedido de inconstitucionalidade de determinada norma é que vai averiguar se duas ações de controle de constitucionalidade são idênticas.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade não admitem desistência, assistência ou intervenção de terceiros. A lei 9.868/99 em seu artigo 7º admite a participação do *amicus curiae* na ADI e na ADC. E, ainda, a decisão de mérito na ação de controle abstrato é irrecorrível, salvo embargos declaratórios. Não cabe sequer ação rescisória.

A legitimidade ativa para propositura da ADI, da ADC e da ADPF é a mesma: os definidos em enumeração taxativa no artigo 103 da CF/88. Os legitimados são universais (Presidente da República, Procurador Geral da República, Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado, Conselho Federal da OAB e Partido Político com representação no Congresso Nacional) e especiais (governador de Estado e do Distrito Federal, mesas das assembleias legislativas dos Estados do Distrito Federal, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional). Os legitimados especiais precisam demonstrar pertinência temática, ou seja, o nexo de causalidade entre o interesse defendido pelo legitimado ativo e o objeto por ele impugnado.

Na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o parâmetro de controle, ou seja, a norma violada, é qualquer norma formalmente constitucional, inclusive os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, CF/88. O objeto de controle são leis ou atos normativos que violam diretamente a Constituição. O objeto de controle na ADC é lei ou ato normativo federal e na ADI é lei ou ato normativo federal e estadual

(art.102, I, 'a', CF/88). As normas originalmente constitucionais não podem ser objeto de controle de constitucionalidade via ADI/ADC (ADI 4097).

Na ação de descumprimento de preceito fundamental, o parâmetro de controle de constitucionalidade são as normas imprescindíveis à identidade e ao regime adotado pela Constituição Federal de 1988 como, por exemplo, todas as normas de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da CF/88. A ADPF pode ter como objeto atos posteriores ou anteriores à Constituição, isso porque a ADPF não é uma arguição de inconstitucionalidade, é uma arguição de descumprimento de um preceito fundamental. Descumprimento é um termo mais amplo que inconstitucionalidade, abrange qualquer incompatibilidade com a Constituição. E, ainda, cabe contra ato do poder público federal, estadual e municipal (Art.1º, parágrafo único, lei 9.882/99).

Na decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, ou para suspender uma lei (no caso de liminar), o quórum exigido, como regra geral, é de maioria absoluta, ou seja, 6 Ministros do STF (arts. 10 e 21, lei 9.868/99). Já o quórum de presentes deve ser de no mínimo 8 Ministros (2/3 dos membros) (art. 22, lei 9.868/99 e art. 5º, lei 9.882/99). Excepcionalmente, durante o recesso do Tribunal o relator pode conceder liminar por decisão monocrática.

Na ADC, a concessão da liminar suspende o julgamento dos processos que envolvam aplicação da lei federal pelo prazo de 180 dias (art.21, lei 9.882/99). Como a lei está sendo questionada no Poder Judiciário, a suspensão visa evitar que o STF decida de modo diferente dos outros juízes. Em relação a ADI, não há previsão expressa de suspensão dos processos, mas o STF tem aplicado por analogia a previsão do artigo 21 da lei 9.882/99. Já na ADPF, a liminar suspende a tramitação de processos ou efeitos de decisões judiciais ou medidas administrativas, salvo se decorrentes de coisa julgada (se a decisão já transitou em julgado, a liminar do STF não suspenderá seus efeitos) (art. 5º, § 3º da lei 9.882/99).

Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, toda decisão, seja ela de mérito ou liminar, tem efeito *erga omnes* e vinculante. O efeito *erga omnes* é aquele que atinge a todos, tanto os particulares quanto os poderes públicos. O efeito vinculante atinge diretamente apenas alguns poderes públicos: administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e poder judiciário (todos os juízes e tribunais, com exceção do próprio STF - art. 102, § 2º, CF/88 e art. 28, Parágrafo único, lei 9.868/99).

Ressalta-se que a não vinculação do legislador tem por objetivo evitar o inconcebível fenômeno da “fossilização da Constituição”. O Chefe do Executivo fica vinculado administrativamente, mas nada impede que ele edite uma medida provisória contrária àquela decisão (função legislativa). Se o Chefe do Executivo ficasse vinculado em relação aos atos do processo legislativo, indiretamente, a função legislativa também seria obstaculizada.

A extensão da declaração de inconstitucionalidade pode ser de todo o texto da lei ou ato normativo (total) ou de parte do texto (parcial). Também é possível a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nesse último caso, aplicável a normas polissêmicas ou plurissignificativas (deve ter mais de um significado possível), o texto não é alterado, o que se considera inconstitucional são significados específicos entre os possíveis.

No controle de constitucionalidade abstrato, o tribunal fica adstrito aos dispositivos legais impugnados. No entanto, quando há uma relação de interdependência entre dois dispositivos ou entre dois diplomas normativos (lei e decreto), pode haver uma declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Por exemplo, pode ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 11 de uma lei qualquer e, por arrastamento, do artigo 12 da mesma lei. Ou ainda, declara inconstitucional uma lei e, por arrastamento, o decreto que a regulamenta. Como por exemplo na ADI 4451⁴⁶² - ação sobre a lei que proibia trucagens no período anterior às eleições. O STF declarou inconstitucionais os incisos do art. 45 da 9.504/1997⁴⁶³ e, por arrastamento, dois parágrafos do mesmo artigo que não haviam sido questionados, mas dependiam daqueles outros dispositivos.

⁴⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI Nº 4.451/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 21/06/2018. Publicado em 25/06/2018. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em 13 fev. 2022.

⁴⁶³ BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Estabelece normas para as eleições**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

4.2.1 AÇÃO POPULAR

O conceito tradicional de ação popular foi apresentado por Hely Lopes Meirelles: *“meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos”*⁴⁶⁴. Trata-se de ação com natureza jurídica cívico-administrativa.

O instituto da ação popular (*“actio popularis”*) surgiu no direito romano como ação de natureza penal acessível a qualquer do povo, independente de interesse particular, para tutela de interesses públicos. Era um instrumento jurídico concedido à população civil para que ela pudesse participar da administração da coisa pública⁴⁶⁵.

A primeira previsão de ação popular no ordenamento jurídico brasileiro constou da Constituição de 1824. Era de natureza penal. O artigo 157 da Constituição Imperial determina: *“Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”*⁴⁶⁶. Assim, qualquer do povo possuía legitimidade para ingressar com a ação popular com intuito de reprimir suborno, atos de abuso de autoridade, prevaricação, peculato ou concussão que os juízes de direito e oficiais de justiça cometessem no exercício de suas funções.

A ação popular passou a contar com natureza jurídica de ação civil na Constituição de 1934 que, em seu artigo 113, item 38, dispôs: *“Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”*⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: RT, 1989. p. 85.

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. **Derecho Público Romano**. Navarra, Aranzadi: Thomson Reuters 2012, p.34.

⁴⁶⁶ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

⁴⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias Individuais - Art 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à

A Carta outorgada de 1937 retirou do texto Constitucional a ação popular, que voltou a ser prevista na Constituição de 1946, no parágrafo 38 do artigo 141: *“qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos: Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”*⁴⁶⁸.

A Constituição de 1967 também contemplava a ação popular, assim dispondo: *“Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”*.⁴⁶⁹ E a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve a ação popular com a mesma redação da Constituição de 1967.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 previu a ação popular em seu artigo 5º, LXXIII: *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*⁴⁷⁰.

segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

⁴⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. - CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias individuais - Art 141 – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

⁴⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. - CAPÍTULO IV - Dos Direitos e Garantias Individuais. Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas. ”

⁴⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. - TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - 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: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Inicialmente a ação popular foi prevista com natureza penal, sendo um instrumento jurídico para que qualquer popular pudesse questionar crimes de abuso de autoridade e crimes contra a administração pública que os juízes de direito e os oficiais de justiça cometessem no exercício das suas funções. Posteriormente, a partir da Constituição de 1934, essa ação passou a ter natureza de ação civil constitucional colocada à disposição dos cidadãos para que eles pudessem atuar como agentes com poder de pleitear a invalidação de ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe.

O texto Constitucional de 1988 acrescentou a possibilidade de qualquer cidadão ingressar com ação popular para anular ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. Para promover o amplo acesso à ação popular, o texto Constitucional isentou o cidadão das custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

Em 1965 foi editada a lei da ação popular (Lei 4.717/65)⁴⁷¹, que regulamenta os dispositivos da Constituição de 1946. Essa lei foi integralmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e está vigente na atualidade.

A ação popular integra o microssistema processual coletivo⁴⁷², sendo possível aplicar à ação popular a lei de ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor e as demais leis de vocação coletiva.

A ação popular não é sucedânea das ações previstas para o controle de constitucionalidade de leis em tese, uma vez que as ações de controle concentrado de constitucionalidade, previstas constitucionalmente, possuem rol taxativo de legitimados para sua propositura (art. 103, CF/88).

O objeto da ação popular, ou seja, aquilo que ela protege, está disciplinado no artigo 5º, LXXIII, CF/88 e art.1º, lei 4.717/65. Essa ação serve para a tutela preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) ou para o ressarcimento dos seguintes

⁴⁷¹ BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁷² Os sistemas processuais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública foram interligados, estabelecendo-se, assim, um microssistema processual coletivo, sendo aplicáveis, reciprocamente, a um e outro. Da junção do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública e do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor ocorre o fenômeno da norma de reenvio. E pelo diálogo das fontes, há diversas leis se comunicando, tais como Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. Neste microssistema processual coletivo, o Código de Processo Civil, criado para a tutela de direitos individuais, tem aplicação subsidiária.

bens e direitos difusos: patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico-cultural. O Superior Tribunal de Justiça⁴⁷³ pacificou o entendimento de que esse rol é taxativo. Portanto, não cabe ação popular para tutelar outros interesses difusos além daqueles ligados ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural.

O conceito de patrimônio público é amplíssimo. A lei da ação popular em seu artigo 1º considera patrimônio público três grandes grupos: Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios); Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações); entidades subvencionadas, ainda que de natureza privada (qualquer órgão, público ou não, que receba dinheiro público). O particular que for subvencionado com dinheiro público pode ser sujeito passivo na ação popular no limite do dinheiro público por ele recebido (art.1º§ 2º, lei 4.717/65).

A moralidade administrativa, entendida como padrão ético de boa fé no trato com a coisa pública, é protegida pela ação popular. Trata-se de conceito jurídico indeterminado. Dessa maneira, o que era moral em 1965 pode não o ser na atualidade. Há vinte anos, por exemplo, era comum o administrador público contar com parentes para trabalhar com ele por serem considerados pessoas de sua confiança. Na atualidade, o nepotismo não é aceito por infringir a moralidade administrativa⁴⁷⁴.

Quando a ação popular de natureza civil surgiu, foi concebida para proteger patrimônio público e moralidade, de modo a proteger o cidadão contra o Estado. A partir de 1988, a Constituição Federal autorizou a ação popular para proteção do meio ambiente e patrimônio histórico-cultural. Enquanto a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa se relaciona ao Estado, a proteção do meio ambiente e

⁴⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 818.725/SP**. Órgão Julgador: 2º turma. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 13/05/08. DJe 16/06/08. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7070621/recurso-especial-resp-818725-sp-2006-0030025-4/inteiro-teor-12817932>. Acesso em 21 abr. 2022.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº13**. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 06 mar. 2022. “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

do patrimônio histórico-cultural não necessariamente se relaciona ao Estado, pois o sujeito que polui ou que destrói o patrimônio histórico pode não ser o Estado. Passou a ser admitida ação popular ambiental e para tutela do patrimônio histórico-cultural contra particulares.

A ação popular é cabível contra ato administrativo comissivo ou omissivo. Em regra, não cabe ação popular contra atos de particulares. Excepcionalmente, ela pode ser proposta para tutelar atos de particulares lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico.

As leis, como são comandos gerais e abstratos, em regra, não podem ser atacadas por ação popular. A exceção fica por conta das leis de efeitos concretos. Tais normas não dependem de mais nada para serem executadas, como por exemplo, leis proibitivas ou que fixam tarifas – contra esse tipo de lei cabe ação popular. É o caso do prefeito que edita um decreto isentando todos os proprietários de imóveis de pagar imposto predial e territorial urbano. Há uma violação concreta ao patrimônio público, por isso cabe a ação popular para declaração de invalidade do decreto⁴⁷⁵.

Um ato jurisdicional, como uma sentença, que causa prejuízo ao erário em regra não é atacado por ação popular. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial 906.400/SP⁴⁷⁶, entendeu que era possível no caso de uma ação de desapropriação em que a Prefeitura fez um acordo com a parte em pagar R\$ 500 mil pelo terreno com homologação do acordo pelo juiz transitada em julgado. Um cidadão questionou tal acordo por meio de ação popular alegando que o terreno não valia nem R\$ 100 mil e que houve lesão ao patrimônio público. O juiz indeferiu a inicial da ação popular dizendo que era caso de ação rescisória. O caso foi levado ao Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que nesse caso específico caberia ação popular, ainda que contra ato judicial, pois a ação não questionou a homologação do acordo, mas sim o próprio acordo, que é um negócio jurídico, um ato administrativo.

Pode-se afirmar que a preocupação principal da lei 4.717/65 é o ato administrativo, pois a Lei da Ação Popular foi toda construída para proteger o

⁴⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**. Doutrina e processo. São Paulo: Malheiros, 2007, p.54.

⁴⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 906.400/SP**. Órgão Julgador: 2º turma. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 22/05/07. DJe 01/06/07. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8931194/recurso-especial-resp-906400-sp-2006-0248864-7/inteiro-teor-14098643>. Acesso em 21 abr. 2022.

patrimônio público. Assim, no conceito de ilegalidade estão previstos os vícios do ato administrativo. É ilegal o ato que viola os elementos do ato administrativo: competência, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, motivo e finalidade. Por isso, o artigo 2º da lei da ação popular prevê que são nulos os atos administrativos nos casos de incompetência do agente⁴⁷⁷, vício de forma⁴⁷⁸, ilegalidade do objeto⁴⁷⁹, inexistência de motivos⁴⁸⁰ e desvio de finalidade⁴⁸¹. E, ainda, o artigo 3º da lei da ação popular deixa claro que o rol de nulidades por ilegalidade e lesão ao patrimônio público do seu artigo 2º é exemplificativo, podendo existir outras hipóteses de nulidade.

Como regra geral, o binômio ilegalidade-lesividade deve se fazer presente para o cabimento da ação popular. Ou seja, é necessário que o ato seja ilegal e lesivo. Entretanto, no caso de ofensa à moralidade administrativa e ao meio ambiente, a ilegalidade pressupõe a lesão à coisa pública: a lesividade é *'in re ipsa'*, de modo que se admite a ação popular nos casos de imoralidade baseada unicamente na ilegalidade. O art. 4º da lei da ação popular traz hipóteses de presunção de lesividade. Nessas hipóteses, o indivíduo entra com ação e prova apenas a ilegalidade, pois presume-se que esses atos são lesivos. Nesses casos o ato é ilegal e lesivo, mas a diferença é que não é necessário provar a lesão, pois a presunção legal de prejuízo do artigo 4º da lei 4.717/65 é absoluta⁴⁸².

⁴⁷⁷ De acordo com o parágrafo único do art.2º da lei 4.717/65 “a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”. BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁷⁸ De acordo com o parágrafo único do art.2º da lei 4.717/65 “o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;”. BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁷⁹ De acordo com o parágrafo único do art.2º da lei 4.717/65 “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”. BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁸⁰ De acordo com o parágrafo único do art.2º da lei 4.717/65 “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”. BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁸¹ De acordo com o parágrafo único do art.2º da lei 4.717/65 “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. ” BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁸² BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 4º “São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas

A ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão. O Direito brasileiro entende que a cidadania decorre do exercício e gozo dos direitos políticos. Cidadão é aquele que tem capacidade de exercer seus direitos políticos ativos e passivos. A exceção é o adolescente com mais de 16 e menos de 18 anos, que pode exercer seus direitos políticos ativos (votar), mas não pode exercer seus direitos políticos passivos (ser eleito). A jurisprudência unânime entende que o adolescente com mais de 16 anos e menos de 18 pode propor a ação popular. A prova da cidadania se dá com apresentação da cópia do título de eleitor⁴⁸³ ou certidão equivalente juntamente com a petição inicial da ação popular.

Na hipótese de o indivíduo ajuizar a ação popular e durante seu curso ocorrer a perda da sua cidadania, ele perde a legitimidade. Isso não significa que a

no art. 1º. I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais. II - A operação bancária ou de crédito real, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas; b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação. III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição. IV - As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos. V - A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais; b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação; c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação. VI - A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando: a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço; b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador. VII - A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais. VIII - O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando: a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais; b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação. IX - A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie. ”

⁴⁸³ O indivíduo que teve seu título de eleitor cancelado não está no exercício dos seus direitos políticos e não poderá propor a ação popular. Se a pessoa for obrigada a votar e não comparecer a três eleições consecutivas e não justificar sua ausência seu título de eleitor é cancelado – artigo 7º, § 3º do Código Eleitoral. Não podem votar aqueles que perderam os direitos políticos: - naturalização cancelada em ação ajuizada pelo Ministério Público Federal por atividade nociva ao interesse do país e aquisição voluntária de outra nacionalidade, que, em regra, causa perda da nacionalidade originária. E, por fim, não podem votar aqueles que estiverem com seus direitos políticos suspensos: - condenados com ação penal transitada em julgado enquanto durarem os efeitos da condenação e condenação por improbidade administrativa. BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Institui o Código Eleitoral**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

ação será extinta, pois o princípio do interesse jurisdicional do conhecimento do mérito estabelece que nas ações coletivas o juiz deve evitar a extinção sem análise do mérito. Por isso, o juiz ordena a publicação de editais para que outros cidadãos assumam a demanda. Se ninguém assumir a titularidade ativa, o Ministério Público⁴⁸⁴ assume a ação popular.

A própria Constituição Federal de 1988 deu legitimidade a qualquer cidadão para que ele possa representar a coletividade na ação popular. Assim, não há controle judicial da representação adequada, de modo que o juiz só pode negar o processamento da ação se ela não tiver o objeto previsto no art. 5º, LXXIII, CF/88.

O Ministério Público possui três atribuições previstas na lei da ação popular: funcionar como órgão opinativo, promover a responsabilização criminal dos responsáveis por eventuais desvios ou assumir a titularidade da ação popular no caso de abandono ou impossibilidade jurídica superveniente do proponente para prosseguir com a ação (art.6º, § 4º, lei 4.717/65).

O Ministério Público não é legitimado para propor a ação popular, de acordo com o entendimento preponderante. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial número 700.206/MG, entendeu que o Parquet é legitimado para propor toda e qualquer demanda que tenha como objeto a tutela de interesses difusos e coletivos, inclusive para ingressar com a ação popular ⁴⁸⁵.

O autor da ação popular age em nome próprio na defesa de direito alheio. Logo, a natureza jurídica da legitimidade ativa é legitimação extraordinária. E, ainda, é possível a formação de litisconsórcio entre os cidadãos (Art. 6º, § 5º, lei 4.717/65). Assim, há o litisconsórcio ativo, facultativo, inicial ou ulterior e unitário.

No polo passivo da ação popular, a lei estabelece que o litisconsórcio é necessário e simples (art.6º, lei 4.717/65), diferente da ação civil pública em que o litisconsórcio no polo passivo da demanda é facultativo. Na ação popular ambiental, o litisconsórcio é facultativo. Além disso, o artigo 7º, inciso III, da lei da ação popular cria

⁴⁸⁴ O Ministério Público não é legitimado para propor a ação popular, mas pode se tornar seu autor quando a assume por abandono do proponente original ou perda superveniente da cidadania daquele que ingressou com a demanda.

⁴⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 700.206/MG**. Órgão Julgador: 1º turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 09/03/10. DJe 19/03/10. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8559655/recurso-especial-resp-700206-mg-2004-0157950-3/inteiro-teor-13666278>. Acesso em 21 abr. 2022.

uma hipótese de legitimação passiva ulterior. Se faltar um réu no polo passivo da demanda o juiz não a anula. Ele cita o que está faltando e, após contestação e produção de provas, o processo retorna no ponto que estava antes.

A pessoa jurídica lesada possui um tratamento especial dado pelo parágrafo 3º do artigo 6º da lei 4.717/65: pode permanecer no polo passivo, abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor no polo ativo da ação.

A ação popular é sempre julgada pelo juízo da primeira instância. Não há que se falar em foro privilegiado para essa ação. E, ainda, essa ação só repara o dano civil e não aplica sanções administrativas ou penais.

O prazo de contestação da ação popular é de vinte dias, prorrogável por mais 20 dias (art.7º, IV, lei 4.717/65).

O reexame necessário na ação popular é considerado pelos estudiosos do tema como invertido. Isso porque o reexame necessário, em regra, ocorre a favor da fazenda pública, mas na ação popular se dá em favor da coletividade (art.19, lei 4.717/65).

4.2.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública é considerada um dos instrumentos jurídicos mais relevantes para a efetivação da defesa coletiva dos direitos fundamentais, inclusive o direito de liberdade religiosa.

A ação civil pública pode ser entendida como qualquer ação não penal, ajuizada pelos legalmente legitimados, para a tutela de direitos transindividuais (difuso, coletivo e individual homogêneo). É considerada uma espécie do gênero ação coletiva. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli⁴⁸⁶: *“A ação civil pública da lei 7.347/85 nada mais é do que uma espécie de ação coletiva, como o mandado de segurança coletiva e a ação popular.”*

Assim como a ação popular, a ação civil pública se destina à proteção da coletividade. Mas existem diferenças significativas entre as duas. Enquanto a ação

⁴⁸⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.78.

popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha título de eleitor, a ação civil pública somente pode ser proposta pelos entes legitimados, previstos no art. 5º da Lei 7.347/85⁴⁸⁷ e no art.82 da lei 8.078/90⁴⁸⁸.

Na ação popular, somente a administração pública ou seus agentes podem ser réus. O polo passivo da ação civil pública, por outro lado, pode ser ocupado por qualquer pessoa física, jurídica ou ente da administração pública que tenha causado danos aos direitos da coletividade proscritos na lei.

Além disso, o objeto da ação popular é muito mais restrito que o da ação civil pública, já que a ação popular só tutela direitos e interesses difusos advindos de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural.

A ação civil pública é prevista no texto Constitucional no artigo 129, inciso III⁴⁸⁹. A finalidade constitucional desse instituto é promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O Ministério Público possui a função institucional de manejar a ação civil pública.

No ordenamento jurídico nacional, a ação civil pública nasceu com a lei que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81⁴⁹⁰).

Na legislação infraconstitucional, os principais diplomas normativos que regulamentam a ação civil pública são a lei de ação civil pública (lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90). Outras normas jurídicas abordam o instituto, tais como Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e Estatuto da Cidade.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece o objeto da ação civil pública, ou seja, o que é constitucionalmente e legalmente tutelado por ela. A Constituição estabelece, genericamente, a proteção do patrimônio público e social, do meio

⁴⁸⁷ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (...).”

⁴⁹⁰ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

ambiente e outros interesses difusos (art.129, III, CF/88). A lei de ação civil pública apresentou como objetos da ação civil pública o meio ambiente, o direito do consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infração da ordem econômica e à ordem urbanística e qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art.1º, lei 7.347/85).

A ação civil pública, portanto, serve para a tutela preventiva⁴⁹¹ ou reparatória⁴⁹² dos seguintes bens e direitos metaindividuais: meio ambiente⁴⁹³, consumidor, patrimônio histórico e cultural⁴⁹⁴, ordem econômica, ordem urbanística e qualquer outro direito difuso ou coletivo.

A norma de encerramento, “*qualquer outro direito difuso ou coletivo*” (art.1º, IV, lei 7.347/85), abarca todos os demais direitos metaindividuais. Atualmente, é pacífico o entendimento de que os direitos individuais homogêneos foram incluídos no dispositivo legal, o qual se refere a direitos coletivos em sentido amplo, incluindo o direito coletivo em sentido estrito e o direito individual homogêneo.

Há hipóteses legais expressas de situações em que a ação civil pública não pode ser proposta. Não cabe tal ação para tutela de pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias⁴⁹⁵, fundo de garantia por tempo de serviço e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (art.1º, parágrafo único, lei 7.347/85).

⁴⁹¹ A tutela preventiva é aquela que se presta a evitar a ocorrência de um ato ilícito impedindo, assim, o dano ou prejuízo ou impedir que a lesão prossiga. Possui duas espécies: - tutela inibitória, esta não permite a ocorrência do ilícito; - tutela de remoção do ilícito que tem como objetivo fazer cessar o ilícito ou a lesão.

⁴⁹² A tutela reparatória objetiva corrigir a lesão que já ocorreu. Possui duas espécies: - tutela específica (art.84, lei 8.078/90), tem a finalidade de obter da parte demandada o adimplemento perfeito da obrigação; - tutela pelo equivalente, trata-se de uma compensação pecuniária pelo dano causado. Sendo que esta reparação pode ser por prejuízo material e dano moral.

⁴⁹³ O meio ambiente é classificado em: natural, artificial, do trabalho e cultural. A ação civil pública tutela todos os tipos de meio ambiente.

⁴⁹⁴ O tombamento (art. 1º, Decreto-lei 25/37) é um atestado administrativo de que determinado bem tem valor histórico cultural. Quando um bem é tombado, existe uma presunção legal absoluta de que ele tem valor histórico cultural. O bem não tombado também pode ser objeto de ação civil pública. Cabe proteção ao patrimônio histórico cultural, ainda que não tombado. Compete ao autor da ação comprovar o valor histórico cultural. BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

⁴⁹⁵ Cumpre ressaltar que não cabe ação civil pública para questionar as contribuições previdenciárias, mas os benefícios previdenciários podem ser questionados. A ação civil pública pode, por exemplo, ser usada para pedir reajuste aos aposentados ou para estender o auxílio maternidade para a adotante.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁹⁶, porém, entendeu que cabe ação civil pública para impugnar isenção tributária ou benefício fiscal, uma vez que nesse caso se busca a proteção do interesse público.

A legitimidade autônoma⁴⁹⁷, concorrente⁴⁹⁸ e disjuntiva⁴⁹⁹ para propositura da ação civil pública é estabelecida legalmente (art.5º, lei 7.347/85 e art. 82, lei 8.078/90): Ministério Público, Defensoria Pública, Administração Pública Direta e Indireta, Associações (constituídas há pelo menos um ano e com fins institucionais específicos⁵⁰⁰).

Não há consenso a respeito da natureza da legitimação na ação civil pública. A posição clássica, adotada por Hugo Nigro Mazzilli, entende que predominantemente os legitimados à ação civil pública defendem interesses alheios, coletivos, de titulares dispersos na coletividade, ou seja, a legitimação é extraordinária⁵⁰¹. Acompanham essa corrente Teori Albino Zavascki e Cássio Scarpinella Bueno.

De acordo com Luiz Manoel Gomes Junior⁵⁰², trata-se de legitimação coletiva, um modelo peculiar de legitimação⁵⁰³, apropriado para o processo coletivo,

⁴⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo: REsp 1.101.808/SP**. Órgão julgador: primeira turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Julgado em 17/08/2010. Publicação DJe 05/10/2010. Disponível em tj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16803361/recurso-especial-resp-1101808-sp-2008-0254163-2/inteiro-teor-16803362. Acesso em 07 mar. 2022.

⁴⁹⁷ A legitimidade é autônoma porque não depende de autorização e nem da participação do titular do direito material para que os legitimados ingressem com a ação civil pública.

⁴⁹⁸ É considerada concorrente porque a lei estabelece um rol de legitimados para o manejo da ação civil pública.

⁴⁹⁹ Sendo tida por disjuntiva porque um legitimado não depende da autorização ou participação do outro para propor a ação civil pública.

⁵⁰⁰ Os fins institucionais das associações pela lei de ação civil pública são a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art.5º, V, 'b', lei 7.347/85). Já pelo Código de Defesa do Consumidor são a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear (art.82, IV, lei 8078/90).

⁵⁰¹ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.67-68.

⁵⁰² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2ª ed., São Paulo: SRS, 2008, p. 84-85.

⁵⁰³ Legitimação coletiva defendida por Luiz Manoel Gomes Junior – o processo coletivo possui um modelo próprio de legitimação, sendo assim, a legitimidade dos titulares das ações coletivas seria anômala (ou autônoma).

que escapa aos antigos padrões de legitimação ordinária e extraordinária, típicos do processo individual.

De qualquer maneira, prevalece a posição adotada por Nelson Nery Junior, que faz a seguinte separação: de um lado, os direitos individuais homogêneos, nos quais ocorre a legitimação extraordinária, uma vez que os legitimados agem em nome próprio na defesa de direito alheio (vítimas e sucessores do evento). Contudo, quando se trata de direitos difusos e coletivos, a legitimação é autônoma para a condução do processo. Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁰⁴:

A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual coletivo. (...) por essa legitimação autônoma para condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo.

Os legitimados para a propositura da ação civil pública podem agir conjuntamente em litisconsórcio, que será facultativo e unitário. O litisconsórcio, nesse caso, é considerado uniforme porque será aplicada a mesma decisão para todos (não há como um legitimado ganhar a ação e outro perder).

O microssistema da tutela coletiva, de acordo com o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, é *ope legis*. Isto significa que o legislador estabelece quais são os legitimados ativos para a ação e os requisitos que eles devem preencher para figurar no polo ativo da demanda coletiva. O magistrado fará o controle para averiguar se os requisitos legalmente estabelecidos para a propositura da ação civil pública foram preenchidos.

A respeito do controle judicial da representação adequada para as ações coletivas, Nelson Nery Junior entende que, em regra, o juiz não pode controlar a

⁵⁰⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

representação do autor coletivo, pois quem tem que definir se deve ou não entrar com a ação coletiva é o próprio legitimado ativo. Excepcionalmente, o magistrado faz esse controle no caso das associações, pois verifica se a associação que pretende figurar no polo ativo da demanda está constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e a pertinência temática das suas finalidades institucionais (proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico)⁵⁰⁵.

Por outro lado, para Eduardo Scarparo⁵⁰⁶ é possível a aferição *ope judicis* da representatividade adequada de todos os legitimados para propositura da ação coletiva. Isso porque a presunção da representação é relativa (admite prova em contrário). O magistrado utiliza como parâmetro de controle a finalidade institucional, ou seja, averigua se o objeto da ação está dentro da finalidade institucional.

Hugo Nigro Mazzilli⁵⁰⁷ informa que Calamandrei, ao preconizar a expressão ação civil pública, a entendeu como ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III, reconhece a legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública que aborda temas ligados a sua finalidade institucional. A finalidade institucional do *Parquet* é constitucionalmente fixada no artigo 127: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais. Assim, para a tutela dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito sempre há interesse social (bens e direitos indivisíveis) e o órgão ministerial tem legitimidade.

Já os interesses individuais homogêneos são divisíveis e não há consenso na doutrina a respeito da existência do interesse social para legitimação do Ministério Público. De um lado, Nelson Nery Junior entende que também para os individuais homogêneos o *Parquet* é sempre legitimado a ingressar com a ação civil pública, pois evitar decisões contraditórias nas ações individuais é um interesse social. De outro

⁵⁰⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.242.

⁵⁰⁶ SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grivoner et al. (coordenadores): *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p.211.

⁵⁰⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.77.

lado, as cortes superiores entendem que o Ministério Público só tem legitimidade para propor a ação civil pública se o direito for indisponível ou socialmente relevante.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁰⁸ se posicionou estabelecendo a legitimidade do *Parquet* para ingressar com a ação civil pública para a tutela de qualquer direito individual homogêneo, desde que haja relevante interesse social. A mesma corte tem precedentes considerando o *Parquet* legitimado para ingressar com ação civil pública de interesses individuais indisponíveis, difusos ou coletivos de pessoas sem recursos financeiros⁵⁰⁹.

Cumprе ressaltar que se o Ministério público não for autor da ação civil pública ele atuará no processo como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, lei 7.347/85)⁵¹⁰. Ainda, o *Parquet* tem o papel de assumir a titularidade ativa da ação nos casos de abandono (princípio da indisponibilidade mitigada da legitimidade ativa - Art. 5º, § 3º)⁵¹¹.

Interessante observar que a tutela de interesses individuais indisponíveis é considerada relevante para os Tribunais Superiores. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em benefício de um único indivíduo⁵¹².

A Constituição Federal de 1988 reconhece, em seu artigo 134, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e estabelece como

⁵⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no REsp 1.064.075/RS**. Órgão julgador: sexta turma. Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Julgado em 02/04/2013. Publicação DJe 12/04/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865476754/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-1064075-rs-2008-0122235-2>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁵⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.410.520/MG**. Órgão julgador: Segunda turma. Relator: Ministra Eliana Calmon. Julgado em 03/12/2013. Publicação DJe 10/12/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24800672/recurso-especial-resp-1410520-mg-2013-0345394-4-stj/inteiro-teor-24800673>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁵¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 5º, § 1º “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.”

⁵¹¹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 5º, § 3º “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

⁵¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.162.946/MG**. Órgão julgador: Primeira turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 04/06/2013. Publicação DJe 07/06/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23356508/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1162946-mg-2009-0208055-8-stj/inteiro-teor-23356509>. Acesso em 07 mar. 2022.

sua finalidade institucional a orientação e defesa dos necessitados⁵¹³. Assim, o Estado Brasileiro procura atender ao direito fundamental de todos terem acesso à Justiça, conforme o artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/88, o qual assegura que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁵¹⁴.

A competência da Defensoria Pública para propor a ação civil pública foi reconhecida pela lei 11.448/07⁵¹⁵, que acrescentou o inciso II ao artigo 5º da lei de ação civil pública.

Não há consenso a respeito de quais interesses ou direitos transindividuais podem ser tutelados pela Defensoria Pública via ação civil pública.

A primeira posição, adotada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CONAMP), é a de que a Defensoria não tem legitimidade para propor a ação civil pública em relação a interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O CONAMP ingressou com ação direta de inconstitucionalidade (ADI) número 3943⁵¹⁶ postulando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da lei 11.448/07, que acrescentou o inciso II ao artigo 5º da lei 7.347/85, inserindo a Defensoria Pública no rol de legitimados para ingressar com a ação civil pública, por violação da competência do *Parquet* (arts.127 e 129, III da CF/88) e da finalidade institucional da Defensoria Pública (art.134, CF/88). O Supremo Tribunal Federal não acolheu a ADI 3943, entendendo que a competência constitucional do Ministério Público para ajuizar a ação civil pública não é exclusiva e a função institucional da Defensoria Pública é respeitada quando a instituição tutela os direitos e interesses

⁵¹³ Há duas posições doutrinárias a respeito do conceito de necessitado: - Teoria restritiva: o conceito de necessitado é mera ou unicamente econômico, ou seja, a Defensoria Pública só atua em defesa de pobre, conforme o art. 5º LXXIV, que remete àqueles que tem insuficiência de recursos; Teoria ampliativa: a DP pode atuar na defesa de dois tipos de necessitados: o necessitado econômico (falta de recursos), mas também o necessitado hipossuficiente organizacional ou jurídico, que são aqueles que não têm condições de se agregar ou de se defender. Os que defendem essa proposta dizem que o art. 4º da LC 80/94 prevê funções típicas e funções atípicas da DP. As típicas seriam a defesa do pobre, mas além dessas, há as funções atípicas e, entre elas, a defesa do hipossuficiente jurídico ou organizacional.

⁵¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

⁵¹⁵ BRASIL. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁵¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3943/DF**. Plenário. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 06/05/2015. Dje 07/05/2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em 07 mar. 2022.

difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos dos necessitados via ação civil pública. Assim, o artigo 2º da lei 11.448/07, que acrescentou o inciso II ao artigo 5º da lei 7.347/85, foi considerado constitucional.

A segunda posição, defendida pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do recurso especial número 912.849/RS⁵¹⁷, entende que a defensoria só tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos dos necessitados. Quando o interessado for fazer a liquidação da sentença coletiva será preciso demonstrar a hipossuficiência.

De acordo com a terceira posição, adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3943/DF⁵¹⁸, a Defensoria Pública pode propor ação civil pública para defesa de todos os direitos e interesses transindividuais.

Na atualidade prevalece o entendimento de que a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública depende da natureza jurídica do direito tutelado - se for direito difuso, é ampla, pois beneficiará a todos, inclusive os necessitados e, caso seja coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, a legitimidade é mais limitada, de modo que para que seja possível a propositura é preciso que haja necessitados entre os beneficiários da decisão.

A Administração Pública Direta⁵¹⁹ tem como finalidade institucional o bem comum (ampla). Assim, pode propor ação civil pública para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionadas a qualquer tema. É considerada legitimada universal. Já as entidades da Administração Pública Indireta⁵²⁰ possuem sua finalidade institucional estabelecida em lei instituidora ou estatuto.

São também considerados legitimados para intentar a ação civil pública os entes da Administração Pública Direta e da Administração Pública Indireta

⁵¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 912.489/RS**. Órgão julgador: Primeira turma. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 26/02/2008. Publicação DJe 28/04/2008. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22912849%22%29+ou+%28RESP+adj+%22912849%22%29.suce>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3943/DF**. Plenário. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 06/05/2015. DJe 07/05/2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁵¹⁹ A Administração Pública Direta é uma entidade política (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) com atribuição constitucional de competências direcionadas a prestação de serviço público que é exercida de forma centralizada.

⁵²⁰ A Administração Pública Indireta é uma entidade administrativa que presta serviço público de forma descentralizada – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista.

despersonalizados, mas com prerrogativas próprias a defender – possuem personalidade judiciária. O artigo 82, inciso III, do Estatuto consumerista estabelece que as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, mesmo que sem personalidade jurídica, são legitimados à defesa dos direitos e interesses tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor ⁵²¹.

Em relação às associações⁵²², a própria lei 7.347/85 estabelece condições para que possam propor a ação civil pública. É uniforme o entendimento de que tal legitimação depende de controle judicial. Há dois critérios para se fazer o controle da adequada representação: constituição ânua e possuir entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art.5º, V, lei 7.347/85) ⁵²³.

A legislação não previu a legitimidade passiva na ação civil pública e há duas correntes sobre o tema. A primeira delas, pelo diálogo das fontes adotado no microssistema de tutela coletiva, aplica o artigo 6º da lei de ação popular⁵²⁴. Assim, forma-se um litisconsórcio passivo necessário entre todos que participaram do ato atacado pela ação coletiva. A segunda corrente estabelece que o réu na ação civil pública será aquele a quem o direito material definir como legitimado, havendo casos em que o litisconsórcio entre eles será facultativo, e outros em que será necessário.

⁵²¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 82, III – “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código.”

⁵²² É uniforme o entendimento que o artigo 5º, V, da lei 7.347/85 dá legitimidade para as associações em sentido amplo para propositura da ação civil pública. Assim, os legitimados por este dispositivo legal são: - associações em sentido estrito, sindicato, partidos políticos e entidades de classe.

⁵²³ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 5º : “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁵²⁴ BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 6º: “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.”

Interessante observar, quanto à competência para se julgar a ação civil pública, que não há foro privilegiado e todas as ações são julgadas na primeira instância. Não cabe ação civil pública na justiça eleitoral (art.105-A, lei 9.504/97) e nem nos juizados especiais (art. 3º, I, da Lei 10.259/01⁵²⁵ e o art. 2º, § 1º, da Lei 12.153/09⁵²⁶).

A competência material é definida pelo tema do direito coletivo em sentido amplo tutelado pela ação civil pública. Por exemplo, se for matéria trabalhista compete à Justiça do Trabalho (súmula 736 STF⁵²⁷). Para definir a competência da Justiça Federal é preciso averiguar se há intervenção da União, de autarquia ou de empresa pública federal (art. 109, I, da CF/88), pouco importando se o bem objeto da ação civil pública é um bem da União. De acordo com a Súmula 150 do STJ⁵²⁸, é a Justiça Federal que vai analisar se há interesse da União e decidir se a competência é da Justiça Federal ou Estadual. A competência material da Justiça Estadual é residual: cabe a ela julgar o que não for competência material das outras esferas judiciais.

A competência territorial é regra de competência absoluta⁵²⁹, ou seja, é criada em razão do interesse público e foi estabelecida no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor. O estatuto consumerista fixa a competência em razão do lugar do dano. Assim, para o dano local, a competência para julgar é do juízo do lugar do dano. Na ocorrência de dano regional, será competente o juízo da capital do Estado e, por fim, se houver dano nacional, a competência é do Distrito Federal ou da capital de um dos Estados atingidos.

⁵²⁵ BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm#art2. Acesso de 07 mar. 2022.

⁵²⁶ BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 736.** Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2243>. Acesso em 07 mar. 2022. *“Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”*

⁵²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 150.** Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula150.pdf. Acesso em 07 mar. 2022. *“Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifi que a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”*

⁵²⁹ A regra de competência absoluta segue o regime do artigo 64 do Código de Processo Civil. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022.

A regra da inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, em razão do princípio da integratividade do microsistema de tutela coletiva, se aplica à ação civil pública.

A sentença da ação civil pública pode ser combatida pelo recurso da apelação. Ordinariamente, a apelação é recebida no duplo efeito (art.1012, lei 13.105/15⁵³⁰). A sistemática da lei de ação civil pública prevê em seu artigo 14 que o juiz da causa decidirá se receberá a apelação com duplo efeito ou apenas com efeito devolutivo. Como a incidência do código de processo civil às ações coletivas é subsidiária, aplica-se a lei de ação civil pública, que é específica.

O legislador, com o intuito de ampliar o acesso aos órgãos judiciais, estabeleceu regras especiais de sucumbência para as ações coletivas. Se improcedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelas associações, não será preciso pagar as verbas sucumbenciais, salvo má fé (isenção estabelecida pelo art.18, lei 7.347/85). Caso a ação civil pública improcedente tenha sido proposta pela administração pública, há duas correntes de interpretação do artigo 18 da lei 7.347/85. A primeira aplica a mesma regra aplicada aos demais legitimados – isenção de sucumbência. A segunda corrente, defendida por Hugo de Nigro Mazzilli⁵³¹, entende que as verbas sucumbenciais são devidas pelas Fazendas Públicas, pois elas não possuem as mesmas prerrogativas que o Ministério Público e a Defensoria Pública.

A análise da sucumbência para a ação civil pública procedente é centrada no autor da demanda. Sendo proposta pelo Ministério Público, não há sucumbência para o réu, pois o *Parquet* tem verbas orçamentárias próprias constitucionalmente estabelecidas. Na hipótese de o autor ser a Defensoria Pública, a Administração Pública ou as associações, o réu que perdeu a ação pagará verbas sucumbenciais.

Na processualista civil brasileira, ordinariamente, quando a Fazenda Pública é sucumbente, a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição e só produz efeitos depois de confirmada pelo tribunal (artigo 496, lei 13.105/15). Em relação à remessa necessária, em sede de ação coletiva, não há menção ao instituto na lei de ação civil pública, mas o artigo 19 da lei da ação popular prevê o duplo grau de

⁵³⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022.

⁵³¹ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 345.

jurisdição se sucumbente a Fazenda Pública (remessa necessária em favor da coletividade). Atendendo ao princípio da integratividade do microssistema da tutela coletiva, aplica-se o artigo 19 da lei da ação popular para a ação civil pública em que a Fazenda Pública for sucumbente.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que pode ser reconhecida a inconstitucionalidade de leis em sede de ação civil pública. Não há que se falar que a ação civil pública, por ter, em regra, efeitos erga omnes, usurpará o papel da ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Isso porque na ADI o pedido e a causa de pedir são a declaração da inconstitucionalidade de uma lei e a declaração tem efeito erga omnes. Já na ação civil pública, o pedido é uma providência para aquele caso concreto e a causa de pedir a declaração da inconstitucionalidade da lei e a decisão não tem efeito *erga omnes*.

4.2.3 MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil e rito especial que visa proteger de ameaça ou lesão direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, devido a ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes.

A Constituição Republicana de 1891 não previa o instituto do mandado de segurança. Na época, existia a doutrina brasileira do *Habeas Corpus* que o interpretava de forma ampla, de tal sorte que ele servia para a tutela de todos os direitos, mesmo que não fosse para defesa da liberdade de locomoção⁵³².

⁵³² SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança**. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em 03 fev. 2022. “Ocorre que a Constituição de 1891, documento de notórias influências liberais e que trazia em seu bojo uma Declaração de Direitos na qual eram enunciados direitos eminentemente individuais, continha apenas uma espécie de garantia ativa ou writ: o habeas corpus. Em razão disso, o tempo e a prática judiciária evidenciaram a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos. A consequência foi uma reinterpretação do instituto do habeas corpus decorrente dos esforços doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando origem à doutrina brasileira do habeas corpus, que conferiu, em nossa terra, ao antigo instrumento processual inglês, maior extensão. Segundo alguns, a maior do mundo. A razão disso estava na redação original do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 que dizia, “dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em

A Constituição de 1934, em seu artigo 113, alínea 33⁵³³, introduziu o mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro. Surgiu como um instituto jurídico tipicamente brasileiro com a finalidade primordial de controlar os atos do Estado (proteção a “direito certo e incontestado”).

No ano de 1937, o então Presidente Getúlio Vargas outorgou uma Carta Constitucional. O instituto do mandado de segurança, utilizado para controlar os atos do Estado, não foi acolhido por uma Constituição imposta pelo chefe do Poder Executivo, sendo abolida a previsão do *mandamus* da Constituição de 1937. Apesar da exclusão do mandado de segurança do texto Constitucional, ele continuou existindo, pois no Código de Processo Civil de 1939 (Título V – Do Mandado de Segurança, artigos 319 - 331)⁵³⁴ havia previsão expressa da ação no rol das ações de procedimento especial.

iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. Como se pode notar, o referido dispositivo não fazia nenhuma remissão ao direito de ir e vir, nem à liberdade de locomoção. Também não falava em prisão, constrangimento corporal, em liberdade física propriamente dita. Somando-se a isso a presença das expressões coação, ilegalidade e abuso de poder, construiu-se a tese da utilização desse writ em todas essas hipóteses, independentemente da presença de um constrangimento físico direto. Essa tese, que ficou conhecida como a Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, encontrou em Ruy Barbosa ardoroso defensor. Segundo ele, “não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus”

⁵³³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

“CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias Individuais. Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

⁵³⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em 01 mar. 2022. “Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores. § 1º Quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança. § 2º Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e das pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação. § 3º Caberá o mandado de segurança contra quem executar, mandar ou tentar executar o ato lesivo.”

A Constituição de 1946⁵³⁵ retomou a previsão de mandado de segurança nos moldes da Constituição de 1934.

Em 1988, a Constituição ampliou a aplicação do instituto ao criar o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX)⁵³⁶, uma novidade no ordenamento jurídico mundial. Além disso, substituiu a expressão “direito certo e incontestado” presente na Constituição de 1946 pela expressão “direito líquido e certo”⁵³⁷ (art.5º, LXIX)⁵³⁸. Tal mudança produz significativos efeitos jurídicos, já que a segunda expressão é mais ampla e abrange mais hipóteses de cabimento do *mandamus* do que a primeira.

Com o intuito de unificar o sistema do mandado de segurança, foi promulgada a Lei 12.016/2009⁵³⁹. Até então, as regras que disciplinavam esse remédio constitucional estavam esparsas pela legislação. Assim, houve a consolidação da disciplina do mandado de segurança em um único diploma (foram

⁵³⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias individuais - Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

⁵³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - 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: (...) LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (...)”

⁵³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.314: “o direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe em favor de que reclama o mandado, sem dúvida razoável. ”

⁵³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - 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: (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (...)”

⁵³⁹ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

revogadas as leis 1.533/52⁵⁴⁰, 4.166/62⁵⁴¹ e 5.021/66⁵⁴²). E, ainda, a Lei 12.016/2009 disciplinou o procedimento do mandado de segurança individual e do coletivo.

A natureza jurídica do mandado de segurança é híbrida, circunda diversos ramos do direito. A doutrina classifica o *mandamus* como uma ação civil com procedimento sumarizado, além de ser um remédio constitucional. A natureza de ação civil não se desnatura em hipótese alguma, ainda que seja impetrado no curso de uma ação penal ou eleitoral, por exemplo⁵⁴³.

O direito líquido e certo é aquele que é demonstrado de plano e que resulta de fato certo, sem necessidade de dilação probatória. Os fatos são demonstrados por prova documental na exordial.

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula 625⁵⁴⁴, que diz: “*Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança*”. A súmula deixa claro que a divergência jurídica sobre o direito é irrelevante, pois o instituto é usado para fatos líquidos e certos, ou seja, os fatos devem ser demonstrados de plano, já que a ação é feita de provas pré-constituídas, exclusivamente documentais.

Nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes leciona: “*Certo é que, de longa data, a questão do direito líquido e certo, que se direcionava à certeza (ou incerteza) do direito, foi deslocada na doutrina pátria para a necessidade de comprovação dos fatos. Portanto, direito comprovado de plano na verdade induz (nos leva) à noção de comprovação fática (de plano com documentação inequívoca e pré-*

⁵⁴⁰ BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵⁴¹ BRASIL. Lei nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4166.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵⁴² BRASIL. Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5021.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵⁴³ Sobre a natureza civil do mandado de segurança, a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores entendem que mesmo que o seja impetrado no âmbito penal e processual penal – não perde a natureza civil. (STF, HC nº 70.392 e RE nº 85.278-SP). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 70.392-DF**. Órgão Julgador: 1º turma. Ministro Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 31 de Agosto de 1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14707356/habeas-corpus-hc-70392-df/inteiro-teor-103099590>. Acesso em 20 mai. 2022. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 85.278-SP**. Órgão Julgador: 2º turma. Ministro Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Data do Julgamento: 23 de Agosto de 1977. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14613660/recurso-extraordinario-re-85278-sp/inteiro-teor-103041808>. Acesso em 20 mai. 2022.

⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 625**. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula625/false>. Acesso em 20 mai. 2022.

constituída)⁵⁴⁵.” A discussão não é sobre o direito (questão de mérito), mas a forma com que se pretende provar.

Uma questão que fica é sobre a ocorrência da dilação probatória em mandado de segurança. Sabe-se que em regra, não existe tal possibilidade, mas há uma exceção prevista no art. 6º, §1º, da Lei 12.016 de 2009⁵⁴⁶. Trata-se de uma dilação probatória meramente documental, nunca com prova pericial ou testemunhal. Assim, a lei permitiu que se impetre mandado de segurança com os documentos de que a parte tiver conhecimento para que haja uma futura exibição incidental de documentos, sendo a autoridade coatora ou o terceiro que detenha o documento intimados por ofício para que o exhiba, o que é uma clara dilação probatória, ainda que restrita a provas documentais.

Para propositura de um mandado de segurança, é preciso atender alguns requisitos dispostos no ordenamento jurídico pátrio. Primeiro deve ser praticado um ato omissivo ou comissivo de autoridade pública⁵⁴⁷ ou de agente público no exercício das atribuições públicas⁵⁴⁸. O mandado segurança cabe contra atos administrativos e não contra atos de gestão⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 8. Ed. rev. Ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p 539.

⁵⁴⁶ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art. 6º *A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. § 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.*”

⁵⁴⁷ Autoridade pública é um agente público que possui poder de decisão e é titular de uma esfera de competência. Não haverá mandado de segurança sem ato administrativo, legislativo ou judicial.

⁵⁴⁸ Trata-se da hipótese em que o particular atua por delegação do poder público.

⁵⁴⁹ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. “Art. 1º *Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.*” (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula 510: *"Praticado o ato por autoridade no exercício da competência delegada, contra ele cabe mandado de segurança ou medida judicial"*⁵⁵⁰. Cassio Scarpinella Bueno⁵⁵¹ esclarece que a expressão "competência delegada" deve ser compreendida como sinônimo do exercício da função pública.

O segundo requisito para o cabimento do *mandamus* é que o ato seja dotado de ilegalidade⁵⁵² ou abuso de poder⁵⁵³. O terceiro requisito é a ameaça ou a lesão a direito líquido e certo. O último requisito é a subsidiariedade, ou seja, o mandado de segurança só poderá ser utilizado se contra aquele ato não couber Habeas corpus ou Habeas data.

As espécies de mandado de segurança são: preventivo (ato a ser atacado pelo *mandamus* está prestes a ocorrer) e repressivo (mandado de segurança contra ato atual – que está ocorrendo). O mandado de segurança preventivo objetiva evitar a ocorrência do ato coator.

A legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança pertence tanto à pessoa física e quanto à pessoa jurídica⁵⁵⁴. A jurisprudência tem interpretado a legitimidade do *mandamus* como a mais ampla possível, admitindo, inclusive, que entes despersonalizados ingressem com a ação constitucional.

A lei do mandado de segurança previu um caso de legitimidade extraordinária subsidiária. Ocorrerá a substituição processual se o titular do direito originário ficar inerte, pois legitima-se a ação do titular do direito decorrente⁵⁵⁵. Nessa

⁵⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 510**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2671>. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

⁵⁵² O termo ilegalidade deve ser interpretado de forma ampla pode ser violação as normas constitucionais, leis infraconstitucionais, medidas provisórias, decretos, resoluções, editais de concurso, etc).

⁵⁵³ O abuso de poder aqui é entendido como uma ilegalidade qualificada pela arbitrariedade.

⁵⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. "Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

⁵⁵⁵ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. "Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias,

situação, o detentor do direito decorrente deve notificar judicialmente (ou extrajudicialmente) o titular do direito originário. Por exemplo, na hipótese de um contrato de locação em que locador repassa ao locatário o pagamento de todos os tributos, o locatário terá legitimidade para impetrar um mandado de segurança contra ato do Município que aumenta o IPTU em 100% se o locador permanecer inerte após notificação judicial, com prazo de 30 dias para impetração de *mandamus*. Com o transcurso do prazo e inércia do locador, surge a legitimidade extraordinária subsidiária do locatário.

Existem duas correntes doutrinárias para responder se os efeitos da coisa julgada formados perante o legitimado extraordinário atingem o legitimado ordinário. Para alguns estudiosos do direito, tais efeitos não atingiriam o ordinário, pelo limite subjetivo da coisa julgada (art. 506, lei 13.105/2015)⁵⁵⁶. Para outros, coisa julgada formada perante o legitimado extraordinário atingirá o legitimado ordinário. Raciocínio contrário tornaria inútil o instituto da legitimidade extraordinária.

Não há consenso na doutrina em relação à legitimidade passiva para essa ação constitucional, já que o legislador não incluiu rol de legitimados no texto legal. A polêmica é se essa legitimidade é da pessoa jurídica ou da autoridade coatora ou, ainda, um litisconsórcio entre as duas. Apesar de a questão não ser pacificada na jurisprudência, há uma tendência de que a legitimidade passiva seja da autoridade coatora.

Nessas ações constitucionais, tem-se observado que o impetrante coloca a pessoa jurídica e a autoridade coatora no polo passivo, ainda que, na verdade, a autoridade seja um “desdobramento” da pessoa jurídica, embora isso seja uma ficção jurídica.

Como a legitimidade passiva no mandado de segurança é a mais ampla possível, utilizando o princípio da instrumentalidade das formas, o Superior Tribunal de Justiça criou a teoria da encampação. Por essa teoria, quando ocorre a indicação equivocada da autoridade coatora, especificamente quando a parte indica autoridade

quando notificado judicialmente. *Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.* ”

⁵⁵⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022. Art. 506. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. ”

de hierarquia superior àquela que seria de fato a coatora, essa autoridade de hierarquia superior pode responder pelo mandado de segurança⁵⁵⁷.

Em regra, os atos administrativos, legislativos ou judiciais praticados por autoridade pública ou quem lhe faça as vezes podem ser questionados por mandado de segurança. A conduta atacada pela via do mandado de segurança pode ser comissiva ou omissiva. Além disso, o ato pode estar ocorrendo (atual) ou prestes a ocorrer (iminente), cabendo contestação via mandado de segurança repressivo ou preventivo, respectivamente.

De tal sorte que cabe mandado de segurança contra ato administrativo, mas não cabe mandado de segurança contra ato administrativo se contra esse ato couber recurso administrativo com efeito suspensivo e sem caução (art. 5º, I da Lei 12.016/2009). Assim, não existe exequibilidade do ato ilegal com o efeito suspensivo, pois é possível suspender os efeitos do ato (falta o interesse de agir-necessidade). Na hipótese de exigência de caução para se recorrer administrativamente, cabe o mandado de segurança. Neste caso, é possível a desistência do recurso administrativo com essas características, para permitir o cabimento do mandado de segurança, desde que haja renúncia expressa da parte quanto ao recurso administrativo.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 429: “a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”⁵⁵⁸. Trata-se de uma exceção da exceção, isto porque, nos casos de ato omissivo, o efeito suspensivo é inútil, sendo o ato da autoridade exequível. Por isso, se o ato for omissivo – mesmo que haja recurso com efeito suspensivo – cabe mandado de segurança.

Em relação aos atos legislativos, em regra, não cabe o ajuizamento do *mandamus* contra lei abstrata (súmula 266/STF: “não cabe mandado de segurança

⁵⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 628**. Disponível em https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-12-18_08-58_Primeira-Secao-aprova-oito-sumulas-na-ultima-sessao-do-ano.aspx. Acesso em 06 mar. 2022. “A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.”

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 429**. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula429/false>. Acesso em 06 mar. 2022.

contra lei em tese”)⁵⁵⁹. Isto porque norma geral não causa prejuízo para um indivíduo específico.

As excepcionalidades nas quais cabe ajuizamento do mandado de segurança contra ato legislativo são as leis de efeitos concretos⁵⁶⁰ (ato administrativo “com roupagem de lei”) e contra projeto de lei ou de emenda constitucional com vício no processo legislativo. No último caso, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que esse mandando de segurança é privativo do parlamentar prejudicado, pois ele tem direito líquido e certo à regularidade do processo legislativo. O juiz suspende o processo legislativo e não deixa o chefe do executivo promulgar a lei⁵⁶¹.

Em regra, não cabe mandado de segurança contra ato judicial, ainda que a decisão proferida seja inconstitucional. Isso está expresso no art. 5º, incisos I e II da Lei 12.016/2009 (repetiu o teor das Súmulas 267 e 268 do STF): Mandado de segurança não é substitutivo de recurso, ação ou reclamação. As exceções a essa regra são as decisões contra as quais não caiba recurso e as decisões teratológicas.

Para que possa ser conhecida a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, exige-se a cumulação de três requisitos: inexistência de instrumento recursal idôneo; não formação da coisa julgada; teratologia na decisão atacada ou que ela seja manifestamente ilegal. Sobre o tema, o Superior Tribunal de

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 266**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2459>. Acesso em 06 mar. 2022.

⁵⁶⁰ Exemplos de leis de efeitos concretos: todas as leis proibitivas são de efeito concreto (lei que proíbe o fumo em local público); leis que fixam tarifas; leis que decretam a expropriação; leis que extinguem cargos, entre outras.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.033**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator para Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 20/06/2013. Processo eletrônico DJe-033. Divulgado em 17/02/2014. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006> Acesso em 06 mar. 2022. Ementa: “*CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não (...)*” (grifo nosso).

Justiça editou a súmula 202: “A *impetração de mandado de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso*”⁵⁶².

Os atos políticos⁵⁶³ e os atos interna *corporis*⁵⁶⁴, em regra, não podem ser questionados por mandado de segurança. Excepcionalmente, na hipótese de transbordarem os parâmetros constitucionais, podem ser interpelados pelo *mandamus*.

O prazo para a impetração do mandado de segurança é decadencial de 120 dias. O termo inicial para sua contagem é a ciência do ato pelo interessado⁵⁶⁵. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, ressalvadas as hipóteses em que é negado o próprio direito de fundo, o prazo decadencial para impetração se renova cada vez que se verifica lesão ao patrimônio do impetrante⁵⁶⁶.

As competências no âmbito do mandado de segurança são estabelecidas por regras de competência constitucional e infraconstitucional. As primeiras são entendidas como competência funcional (ou por prerrogativa de função) e estão estabelecidas nos artigos que tratam da competência do STF (art.102, I d e 102, I, r), STJ (105, I, b), TRF (108, I, c), Justiça Federal (109, VIII) e Justiça do Trabalho (art.114, IV) – todos da CF. Pelo regramento infraconstitucional, o juízo competente

⁵⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 202**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/RevSTJ/author/proofGalleyFile/9417/9540>. Acesso em 06 mar.2022.

⁵⁶³ O ato político é aquele praticado em nome da soberania popular. Exemplos: declarar guerra; sanção presidencial; extradição, entre outros.

⁵⁶⁴ O ato interna *corporis* diz respeito a questões internas ao Poder, como por exemplo, as questões relativas ao regimento interno do Poder Legislativo, sanções parlamentares, entre outros.

⁵⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS Nº 32.487/RS**. Órgão julgador: 1º turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 7/11/2017. Publicado 21/11/2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14091693> Acesso em 06 mar. 2022.

⁵⁶⁶ B BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS Nº 34.363-MT**, Órgão julgador: 2º turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 6/12/2012. Publicado em DJe 19/12/2012. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866234258/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-34363-mt-2011-0101996-4/inteiro-teor-866234268?ref=juris-tabs>. Acesso em 07 mar. 2022.
 “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. ATO COMISSIVO. DECADÊNCIA. 1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança contra ato de secretário de Estado da Administração que excluiu as horas extras da remuneração de servidores. O acórdão recorrido extinguiu o feito por decadência. 2. A jurisprudência do STJ é assente em afirmar que, quando houver redução, e não supressão do valor de vantagem, configura-se a prestação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, pois não equivale à negação do próprio fundo de direito. Mutatis mutandis, a exclusão do pagamento da verba é ato comissivo que atinge o fundo de direito e, portanto, está sujeito ao prazo decadencial do art. 23 da Lei 12.016/2009.3. Recurso Ordinário não provido. ”

para impetração do *mandamus* é o da sede funcional⁵⁶⁷ da autoridade coatora (responsável pelo ato funcional a ser combatido).

O juízo competente para apreciar o mandado de segurança será aferido com base na qualidade da autoridade pública ou da delegação da qual o titular é o particular. Do ponto de vista territorial, será o local onde a autoridade coatora exerce suas funções, competência de índole absoluta.

Quando houver mais de uma autoridade coatora, serão demandados no foro de qualquer uma delas, à escolha do impetrante.

Caso uma das autoridades tenha maior hierarquia com privilégio de foro, este determinará a competência.

Os tribunais superiores pátrios editaram súmulas para uniformizar a jurisprudência sobre a competência para apreciação do mandado de segurança. As mais relevantes são: Súmula 41 STJ - “*O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos Respectivos órgãos*”; Súmula 376 STJ - “*Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial*”; Súmula 330 STF - “*O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos tribunais de Justiça dos Estados*”; Súmula 624 STF - “*Não compete ao supremo tribunal federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais*”⁵⁶⁸.

Quanto ao procedimento para impetração do mandado de segurança em sede de processo de conhecimento, é importante ressaltar que é possível a aplicação do artigo 332 da lei 13.105/2015 (improcedência liminar do pedido). Quanto à concessão da liminar, nossa jurisprudência tem aceitado, cumulativa e simultaneamente, a utilização do agravo de instrumento com pedido de efeito

⁵⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 107.198-SP**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5710542/conflito-de-competencia-cc-107198-sp-2009-0156772-3-stj/relatorio-e-voto-11870516>. Acesso em 07 mar. 2022. “(...) a competência para processar e julgar o mandado de segurança decorre da categoria da autoridade coatora ou de sua sede funcional, e não da natureza do ato impugnado ou da matéria ventilada no writ ou em razão da pessoa do impetrante, consoante assente na jurisprudência da egrégia Primeira Seção deste sodalício.”

⁵⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Org. Comissão de Jurisprudência, Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros. Brasília: STJ, 2015, 1 v. “8 de março de 2022” - Atualizado até a súmula n. 653. CDU 347.992 (81) (094.9). Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/article/view/64/403>. Acesso em 08 abr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 330 e 624**. Disponíveis em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 08 abr. 2022.

suspensivo e do pedido de suspensão dos efeitos da segurança à Presidência do Tribunal competente. Quando o *mandamus* impugnar ato que tenha produzido efeitos jurídicos diretos em relação a terceiros, deverá o impetrante, sob pena de extinção do processo sem exame de mérito, requerer a citação de todos os litisconsortes passivos necessários.

A sentença no âmbito do mandado de segurança tem a peculiaridade de não admitir a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios. Outrossim, concedida a segurança porque vencida a Administração Pública, a sentença mandamental encontra-se sujeita ao reexame obrigatório, com exceção das hipóteses dos §§3º e 4º do 496⁵⁶⁹ do NCPC.

Em relação ao recurso voluntário, a sentença proferida em sede de mandado de segurança desafia apelação, em linha de princípio, desprovida de efeito suspensivo. No mais, podem ser utilizados todos os demais recursos previstos no NCPC, exceto os embargos infringentes, por expressa vedação legal.

Na hipótese do mandado de segurança ser de competência originária de Tribunal, os recursos são os seguintes: contra a concessão do mandado de segurança cabe recurso extraordinário (RE) ou recurso especial (REsp); contra a extinção do mandado de segurança ou extinção no seu mérito cabe recurso ordinário Constitucional (ROC)⁵⁷⁰. Em se tratando de erro grosseiro, a Suprema Corte não tem aplicado o princípio da fungibilidade recursal às hipóteses em que se interpõe RE ou

⁵⁶⁹BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022. Art. 496, § 3º “ Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

⁵⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl na MC 19.774/SP**. Órgão julgador: 3º turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 02/10/2012. Publicação: DJe: 05/10/2012. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037> Acesso em 08 abr. 2022.

RESP ao invés de ROC. Súmula 272 STF: “*Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança*”⁵⁷¹.

Na execução em sede de mandado de segurança, a sentença mandamental somente produz efeitos pecuniários relativos ao período posterior à impetração. Súmula 271 STF: “*Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*”⁵⁷².

No mandado de segurança, apresentada a desistência, deve ser ela homologada independentemente da existência de consentimento da parte demandada. Há divergência nas posições jurisprudenciais sobre a possibilidade de o impetrante desistir do *mandamus* após já ter sido prolatada sentença de mérito. Por um lado, existem julgados do Supremo Tribunal Federal⁵⁷³ e Superior Tribunal de Justiça⁵⁷⁴ admitindo que o autor desista do mandado de segurança após emissão de sentença de mérito. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em um caso concreto noticiado no Informativo 781⁵⁷⁵, afirmou que não é cabível a desistência de mandado de segurança, nas hipóteses em que se discute a exigibilidade de concurso público

⁵⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 272**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 08 abr. 2022.

⁵⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 271**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 08 abr. 2022.

⁵⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 669.367/RJ**. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/03/2012. Publicado em DJe 09/08/2012. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=86108666&ext=.pdf>. Acesso em 08 mar. 2022.

⁵⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.405.532/SP**. Órgão julgador: 2ª turma. Relator: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 10/12/2013. Publicação: DJe: 18/12/2013. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacao/institucional/index.php/Sml/article/view/64/4037> Acesso em 08 abr. 2022. “**PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA APÓS A SENTENÇA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 669367, julgado em 02/05/2013, reconhecida a repercussão geral, definiu que é plenamente admissível a desistência unilateral do mandado de segurança, pelo impetrante, sem anuência do impetrado, mesmo após a prolação da sentença de mérito. 2. Indeferir o pedido de desistência do mandamus para supostamente preservar interesses do Estado contra o próprio destinatário da garantia constitucional configura patente desvirtuamento do instituto, haja vista que o mandado de segurança é instrumento previsto na Constituição Federal para resguardar o particular de ato ilegal perpetrado por agente público. 3. Recurso especial provido.**”

⁵⁷⁵ BR BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EMB.DECL. no AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA: AgR-ED MS 29253/DF**. Órgão julgador: 2ª turma. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 21/10/2016. Publicado em DJe-238 09/11/2016. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772433411/embdecl-no-agreg-em-mandado-de-seguranca-agr-ed-ms-29253-df-distrito-federal-9941777-4320101000000>. Acesso em 08 mar. 2022.

para delegação de serventias extrajudiciais, quando na espécie já houver sido proferida decisão de mérito, objeto de sucessivos recursos.

4.2.4 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A sociedade atual é marcada pela troca de informações entre os diferentes povos e culturas, integrados pelos meios de comunicação, notadamente pela rede mundial de computadores, que atinge grande quantidade de pessoas que almejam bens da vida similares.

Essas novas relações sociais geraram um senso de coletividade. Torna-se comum a reunião de diversas pessoas que possuem interesses e objetivos similares, defendem os mesmos direitos e apresentam condições de vulnerabilidade semelhantes.

Quando lesados em seus direitos, esses indivíduos, atendidos alguns requisitos do ordenamento jurídico, podem recorrer à tutela coletiva. O mandado de segurança coletivo, criado pela constituição de 1988 (artigo 5º, LXX)⁵⁷⁶, é um dos instrumentos jurídicos brasileiros colocados à disposição dos indivíduos para que, coletivamente, possam ter acesso à Justiça (segunda onda de acesso à Justiça).

Um ponto a ser destacado é que a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo limita-se a estabelecer os seus legitimados. Não há consenso na doutrina e na jurisprudência se o rol dos legitimados do art. 5º, LXX, CF/88 é exaustivo.

De acordo com a literalidade da lei, o mandado de segurança coletivo tem como objeto os direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 21, parágrafo único, Lei 12.016/2009)⁵⁷⁷. Nesse dispositivo o legislador entendeu que somente é cabível o

⁵⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - 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: (...) LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (...)”*

⁵⁷⁷ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art.

mandado de coletivo quando os lesados forem determináveis, ou seja, nos interesses coletivos e individuais homogêneos. Os direitos difusos, de acordo com a literalidade da lei, não são passíveis de impugnação via mandado de segurança. Por outro lado, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. entendem que todos os interesses metaindividuais podem ser tutelados por mandado de segurança coletivo (difusos, coletivos e individuais homogêneos)⁵⁷⁸.

O partido político com representação no Congresso Nacional possui legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. Representação, nesse caso, significa que o partido tem um deputado federal ou um senador efetivo, não pode ser suplente. Possuindo essa representação, o partido poderá ajuizar a ação em qualquer das suas esferas (todos os diretórios municipais, estaduais e o nacional podem propor a ação). Caso o processo já tenha se iniciado e o partido perca a representação no transcorrer do processo, ainda assim deverá haver o julgamento.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXX, não limita o objeto do mandado de segurança impetrado por partido político à defesa de seus filiados - como fez expressamente para organização sindical, entidade de classe e associação.

Por outro lado, o artigo 21, *caput*, da Lei 12.016/09 impõe tal limitação, já que prevê o *mandamus* coletivo para a defesa dos interesses dos integrantes do partido político ou relativos à sua finalidade partidária. Como o texto Constitucional não cria a referida restrição para os partidos, Luiz Guilherme Marinoni⁵⁷⁹ entende que o artigo 21, *caput*, da Lei 12.016/09 é inconstitucional. Assim, de acordo com Marinoni, qualquer interesse que esteja abrangido pela sua finalidade institucional pode ser tutelado.

21."O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante."

⁵⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 543 p.

⁵⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 192.

Os sindicatos e entidades de classe possuem legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo se o objeto for a defesa dos interesses de seus membros ou associados. Assim, quanto maior o objeto social/finalidade institucional do sindicato, maior a possibilidade de atuação em sede de mandado de segurança coletivo.

As entidades de classe precisam estar constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano e atuar na defesa dos interesses de seus membros e associados. A entidade de classe não precisa de autorização dos associados para impetrar o mandado de segurança coletivo em favor dos próprios associados, já que a legitimidade foi dada pelo texto Constitucional (art.5º, LXX, CF). Nesse sentido, a súmula 630 do Supremo Tribunal Federal dispõe: *“A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados”*. (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei 12.016/2009)⁵⁸⁰.

A sentença em mandado de segurança coletivo fará coisa julgada limitada aos membros do grupo ou da categoria. Ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada (coisa julgada *secundum eventum litis*) - artigo 22, *caput* da Lei 12.016/2009⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 629 e 630**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2826#:~:text=O%20entendimento%20do%20Supremo%20Tribunal,associados%20independe%20da%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20destes%22>. Acesso em 02 mar.2022. *“Realmente, a legitimidade das entidades associativas para promover demandas em favor de seus associados tem assento no art. 5º, XXI da Constituição Federal e a das entidades sindicais está disciplinada no art. 8º, III, da Constituição Federal. Todavia, em se tratando de entidades associativas, a Constituição subordina a propositura da ação a um requisito específico, que não existe em relação aos sindicatos, qual seja, a de estarem essas associações “expressamente autorizadas” a demandar. É diferente, também, da legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, prevista no art. 5º, LXX da Constituição, que prescinde da autorização especial (individual ou coletiva) dos substituídos (Súmula 629 do STF), ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei 12.016/2009). 4. Pois bem, se é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa, a questão que se põe é a que diz com o modo de autorizar “expressamente”: se por ato individual, ou por decisão da assembléia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto. Quanto a essa questão, a resposta que tem sido dada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (art. 5º, XXI) seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembléia da entidade.” [RE 573.232, rel. min. Ricardo Lewandowski, red. pl o ac. min. Marco Aurélio, voto do min. Teori Zavaski, P, j. 14-5-2014, DJE 182 de 19-9-2014, Tema 82.]*

⁵⁸¹ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art. 22. *“No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a*

No caso de sentença favorável, em sede de mandado de segurança coletivo, o transporte *in utilibus* da coisa julgada só será possível se existiu desistência do demandante na ação individual (artigo 22, § 1º da Lei 12.016/2009). Nas demais ações coletivas, basta a suspensão da ação individual para que se possa fazer o transporte *in utilibus* da coisa julgada nos moldes do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁸².

O procedimento do mandado de segurança coletivo não foi abordado pelo texto Constitucional e nem pela nova lei do mandado de segurança. Assim sendo, aplica-se o regime procedimental do mandado de segurança individual.

O procedimento do *mandamus* coletivo tem apenas uma regra específica, que estabelece o dever de ouvir o representante judicial da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas, antes de decidir sobre a medida liminar (art. 22, §2º, da Lei 12.016/2009).

O juiz deve dar ao membro do Ministério Público oportunidade para que se manifeste sobre o mandado de segurança. O que gera nulidade do processo é a falta de oportunidade de manifestação do *Parquet*, e não a falta da manifestação em si (artigo 12 da Lei 12.106/2009)⁵⁸³.

contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. § 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. "

⁵⁸² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 104. "As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. "

⁵⁸³ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Art. 12. "Findo o prazo a que se refere o inciso I do **caput** do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias. "

4.2.5 MANDADO DE INJUNÇÃO

No final do século XIV surge, na Inglaterra, uma ação baseada no juízo de equidade: o '*writ of injunction*', que garante a efetivação do direito individual mesmo que falte a norma regulamentadora. Se há omissão no sistema da '*common law*' em relação a determinada matéria, pelo juízo de equidade é dada a '*injunction*' que implica uma obrigação de fazer ou não fazer decorrente do pedido formulado. Assim, possibilita que o juiz inaugure o sistema quando for decidir algum caso concreto. Segundo José Afonso da Silva⁵⁸⁴:

O mandado de injunção nasceu na Inglaterra no fim do século 14, com base no juízo de equidade que, no direito anglo-americano, tem sentido muito especial. Efetivamente, a '*equity*' fundamenta a outorga do direito, por via jurisdicional, quando há falta de regulamentação ou quando a '*common law*' (direito costumeiro fundado no precedente judicial) não oferece proteção suficiente ao cidadão.

No Brasil, a Constituição Federal previu uma série de direitos e garantias fundamentais. No entanto, para que alguns deles possam ser plenamente exercidos é indispensável a edição de lei ou outro ato normativo regulamentador. O exercício do direito de greve pelos servidores públicos, por exemplo, deve ser regulamentado por lei específica (art. 37, VII, da CF/88).

O texto Constitucional, prevendo a possibilidade do legislador infraconstitucional demorar muitos anos para regulamentar esses direitos, impedindo, assim, que os seus titulares pudessem exercê-los, previu o remédio Constitucional do mandado de injunção no art. 5º, LXXI, CF/88⁵⁸⁵. O instrumento foi regulamentado pela

⁵⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção, direito do cidadão**. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/104154/1988_23%20a%2030%20de%20Setembro_%20065.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - 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: (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (...).*"

lei 13.300 de 2016⁵⁸⁶, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo.

O mandado de injunção pode ser conceituado como uma ação de cunho constitucional que pode ser proposta por qualquer interessado com o objetivo de tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou de prerrogativas relacionadas com nacionalidade, soberania ou cidadania que não podem ser exercidos em virtude de falta, total ou parcial, de norma regulamentadora.

Observa-se pela edição tardia da norma regulamentadora desse instituto que o legislador foi omissor. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, mesmo na ausência da lei, estava autorizada a parte interessada a impetrar o mandado de injunção, considerando o art. 5º, LXXI, da CF/88 autoaplicável⁵⁸⁷. Assim, antes da edição da lei do mandado de injunção, aplicava-se, por analogia, a lei do mandado de segurança.

A denominada síndrome da inefetividade das normas constitucionais se dá quando o legislador não edita as normas regulamentadoras necessárias ao exercício dos direitos constitucionais. Há, neste caso, uma omissão inconstitucional, ou seja, um comportamento omissivo que ofende a própria Constituição⁵⁸⁸.

O constituinte previu dois instrumentos para resolver a síndrome da falta de efetividade das normas constitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção é utilizado quando está em discussão um direito subjetivo e tem a finalidade de viabilizar o exercício desse direito (ocorre um controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão). A pretensão será levada à apreciação judicial por meio de um processo constitucional subjetivo.

Por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui a finalidade de declarar uma omissão que se refere à inexistência de determinada medida necessária para tornar efetiva uma norma constitucional. Trata-se de processo constitucional objetivo, no qual há controle abstrato de constitucionalidade. É cabível

⁵⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MI 107 QO**, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673136/questao-de-ordem-no-mandado-de-injuncao-mi-107-df/inteiro-teor-103069557>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁵⁸⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1252.

quando falta norma regulamentadora relacionada a qualquer norma constitucional de eficácia limitada.

A norma que carece de regulamentação pode ser de natureza legislativa (falta de uma lei) e administrativa (falta da norma administrativa editada por um órgão, entidade ou autoridade administrativa, como um decreto ou uma resolução).

Os legitimados ativos para o mandado de injunção individual são as pessoas naturais ou jurídicas titulares dos direitos, das liberdades e prerrogativas. Os legitimados ativos para o mandado de injunção coletivo estão nomeados no artigo 12 da lei 13.300/2016. Já no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, os legitimados são os dispostos no artigo 103 da Constituição de 1988.

A competência para julgar o mandado de injunção depende da autoridade que figura no polo passivo e que possui atribuição para editar a norma. Quando a atribuição para elaborar a norma for: i) do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas da Câmara e do Senado, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores, do Supremo Tribunal Federal, a competência é do Supremo Tribunal Federal (art.102, I, “q”, CF/88); ii) de órgão, entidade ou autoridade federal, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, a competência é do Superior Tribunal de Justiça (art.105, I, “h”, CF/88); iii) de órgão, entidade ou autoridade federal nos assuntos de sua competência, será competente para o julgamento a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral⁵⁸⁹, a Justiça do Trabalho; iv) de órgão, entidade ou autoridade federal, se não for assunto das demais “Justiças” e desde que não seja autoridade sujeita à competência do STJ compete o julgamento aos Juízes Federais e Tribunais Regionais Federais; v) de órgão, entidade ou autoridade estadual, na forma como disciplinada pelas Constituições estaduais, cabe o julgamento aos Juízes estaduais e aos Tribunais de Justiça dos Estados (art.121, §1º, CF/88)⁵⁹⁰.

Já no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, se a falta da norma regulamentadora se relacionar à Constituição Federal de 1988, a competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal. Se for ausência de

⁵⁸⁹ O TSE tem competência para julgar em grau de recurso o mandado de injunção denegado pelo TRE (art.121, §4º, V, CF/88).

⁵⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

norma regulamentadora relacionada a Constituição Estadual, a competência é dos Tribunais de Justiça.

No caso do mandado de injunção, reconhecida a mora legislativa, será deferida injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora e para estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Na hipótese de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário dará ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias. Se for órgão administrativo, terá um prazo de 30 dias para adotar a medida necessária. Se for o Poder Legislativo, não há prazo.

O mandado de injunção pode ser individual ou coletivo. O individual pode ser proposto por qualquer pessoa física ou jurídica, em nome próprio, defendendo interesse próprio, isto é, pedindo que o Poder Judiciário torne viável o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa que está impossibilitado pela falta de norma regulamentadora. O coletivo pode ser proposto por legitimados restritos previstos na Lei, em nome próprio, mas defendendo interesses alheios. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 13.300/2016).

O art. 3º da lei do mandado de injunção, ao reconhecer legitimidade ativa às pessoas "que se afirmam titulares", adota a "teoria da asserção". Para essa teoria, a legitimidade *ad causam* deve ser analisada à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in status assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Em outras palavras, se o autor afirma que é titular daquele direito, para fins de legitimidade deve-se tomar essa afirmação como sendo verdadeira. Ao final do processo, pode-se até reconhecer que ele não é realmente titular, mas aí já será uma decisão de mérito. Para fins de reconhecimento de legitimidade e processamento da ação, basta que o autor se afirme titular.

A ausência da norma regulamentadora que dá ensejo à concessão do mandado de injunção pode ser total (não há norma sobre a matéria) ou parcial (quando existe norma regulamentadora mas esta regulamentação é insuficiente e, em

virtude disso, não torna viável o exercício pleno do direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição) – artigo 2º, parágrafo único da lei 13.300/2016.

O mandado de injunção, individual ou coletivo, possui como legitimado passivo o poder, o órgão ou a autoridade que tenha atribuição para editar a norma regulamentadora. Em geral, a causa da inviabilidade do direito, da liberdade ou da prerrogativa é a ausência de lei – omissão, em regra, do Poder Legislativo. Mas há hipóteses em que a iniciativa da lei cabe ao chefe do Poder Executivo ou ao Supremo Tribunal Federal. Nessas situações, caberá ingressar com o mandado de injunção contra o Presidente da República ou contra o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, se a lei já foi proposta pelo chefe de Poder e houver demora do Legislativo na apreciação do tema, caberá mandado de injunção contra o Congresso Nacional.

A petição inicial do mandado de injunção deverá preencher os requisitos previstos nos artigos 319 e 320 do CPC/2015. Se a inicial não cumprir os requisitos legais ou apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o juiz ou Relator deverá determinar que o impetrante, no prazo de 15 (quinze) dias, emende-a ou complete-a, devendo o magistrado indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321 do CPC/2015). Se o autor não cumprir a diligência, a petição inicial será indeferida. Na petição inicial, o autor deverá indicar não apenas o órgão impetrado, mas também a pessoa jurídica que ele integra ou a que está vinculado (art. 4º, lei 13.300/16).

O autor, na petição inicial, poderá alegar que não conseguiu juntar determinado documento que seria necessário para que ele provasse suas alegações em virtude de tal documento se encontrar nos arquivos de um órgão público, ou em poder de autoridade, ou de terceiros, e de não ter conseguido obter uma certidão ou cópia. Nessa situação, o autor deverá requerer que o juízo requirite ao órgão, à autoridade ou ao terceiro que apresente esse documento (Art. 4º, §§ 2º e 3º da lei 13.300/2016).

A petição inicial do mandado de injunção deverá ser desde logo indeferida quando: i) a impetração for manifestamente incabível, o que acontece quando falta algum pressuposto processual (art. 330 do CPC/2015); ii) o mérito do pedido for manifestamente improcedente, por exemplo a lei requerida já foi feita – enquadram-se aqui as causas de improcedência liminar previstas no artigo 332 do CPC. O

magistrado oferece à parte oportunidade para que sane o vício (inteligência do art.321 CPC).

Na hipótese de a petição inicial do mandado de injunção ser indeferida pelo juiz de primeira instância, o indeferimento se dará em sentença da qual cabe apelação (admitindo o juízo de retratação do art.331 do CPC). Se o indeferimento resultar de decisão monocrática do relator (processo de competência originária do tribunal), caberá o agravo interno previsto no artigo 6º da lei 13.300/2016.

Após o recebimento da petição inicial, o juiz ou o Relator fará um despacho ordenando a notificação do impetrado para que preste informações em 10 dias e a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para cientificar da opção de ingressar no feito (art.5º, I, lei13.300/2016).

O juiz dará oportunidade para que o membro do Ministério Público se manifeste sobre o mandado de injunção. O que gera nulidade do processo é a falta de oportunidade de manifestação do *Parquet*, e não da manifestação em si (art.7º, lei 13.300/2016). Esgotado o prazo para manifestação do Ministério Público, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para a sentença do juiz, ou, se for o caso, acórdão do tribunal.

No mandado de injunção não há concessão de liminar, uma vez que a lei 13.300 de 2016 não previu a possibilidade de liminares. A legislação infraconstitucional seguiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já possuía precedentes afirmando o não cabimento de liminares em sede de mandado de injunção.

A eficácia subjetiva da decisão judicial no mandado de injunção é '*inter partes*' (art.9º, lei 13.300/16). Assim, só produz efeitos entre as partes demandantes até a edição superveniente da norma regulamentadora. O julgador pode dar efeitos ultra partes ou '*erga omnes*' a sua decisão, no caso de tais efeitos serem inerentes ou indispensáveis para que a parte exerça o direito, a liberdade ou a prerrogativa que foi requerida no mandado de injunção (art.9º, § 1º, lei 13.300/16). E, ainda, o relator pode, após transitada em julgado a decisão em sede de mandado de injunção, monocraticamente, estender os efeitos da decisão a casos análogos.

Há divergências doutrinárias a respeito dos efeitos da decisão que julga o mandado de injunção. A corrente não concretista entende que, em atendimento ao princípio da separação dos poderes, o judiciário, quando julgar procedente o mandado de injunção, apenas comunicará ao órgão ou autoridade omissos. Por outro lado, a

corrente concretista defende que no caso do mandado de injunção ser tido como procedente, o judiciário deverá editar a norma que está faltando ou determinar que seja aplicada, no caso concreto, uma outra norma já existente para situações análogas.

A corrente concretista se subdivide em direta e indireta. No primeiro caso, o judiciário implementará uma solução para viabilizar o direito do impetrante e a decisão tem eficácia a partir da sua publicação. Na segunda hipótese, o judiciário estabelece um prazo para que o órgão omissor elabore a norma regulamentadora; não sendo esta editada no prazo concedido, o Judiciário viabiliza o direito, a prerrogativa ou a liberdade.

Existe ainda a hipótese da solução apresentada pelo Judiciário somente se aplicar entre as partes (concretista individual). Ou de a decisão do Judiciário produzir efeitos *erga omnes*, com aplicação para todos os que estiverem na mesma situação (concretista geral).

O Supremo Tribunal Federal, a princípio, adotou a corrente não concretista. Assim, o magistrado ou órgão colegiado, quando julgasse procedente o mandado de injunção apenas comunicaria ao órgão ou autoridade omissos. Entretanto, em 2007 ocorreu uma superação do entendimento jurisprudencial anterior e o Supremo passou a adotar a corrente concretista direta geral, ou seja, determinará que seja aplicada àquele caso norma análoga já existente ou editará a norma faltante⁵⁹¹.

Por outro lado, o legislador, ao editar a lei 13.300/2016, adotou a corrente concretista individual intermediária (art.8º. I da lei 13.300/2016). Na hipótese de o julgador reconhecer a mora legislativa, deferirá a injunção determinando um prazo para a edição da norma. Ultrapassado o prazo sem atendimento da ordem, o magistrado poderá fixar as condições em que serão exercidas as prerrogativas, os direitos e as liberdades reclamadas ou o meio pelo qual o impetrante poderá promover ação própria para exercê-los. Agora, na hipótese em que o prazo para a edição da norma já foi dado em outros mandados de injunção anteriormente propostos por outros autores, o Poder Judiciário poderá veicular uma decisão concretista direta (art. 8º, parágrafo único, da lei 13.300/2016).

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MI 708**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em 02 mar. 2022.

Na hipótese de ser denegatória a decisão quanto ao pedido feito em sede de mandado de injunção, decidido em recurso ordinário julgado por única instância pelos Tribunais Superiores, a competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, "a", da CF/88).

A superveniência da norma regulamentadora que teve sua ausência questionada por mandado de injunção faz com que este fique prejudicado e haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (art.11, parágrafo único, lei 13.300/2016). E, ainda, caso o judiciário tenha editado uma norma que transitou em julgado para assegurar o direito do impetrante e, posteriormente, é elaborada a lei regulamentadora, prevalece a nova lei. Os efeitos da nova lei serão produzidos a partir da sua vigência (*ex nunc*), exceto se a norma for mais favorável ao requerente, quando produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*) (art.11, caput, lei 13.300/2016).

A lei do mandado de injunção prevê a ação de revisão que objetiva rediscutir a aplicabilidade da decisão apresentada pelo Judiciário perante a alteração das circunstâncias de fato e de direito (art.10, lei 13.300/2016). Cumpre ressaltar que não se trata de uma ação rescisória que objetiva desconstituir a coisa julgada já formada.

4.2.6 MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

O mandado de injunção coletivo não foi previsto expressamente pelo texto da CF/88, mas sempre foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal e atualmente encontra-se disciplinado pela Lei nº 13.300/2016.

Na hipótese da lei 13.300/16 não disciplinar algum procedimento ou não apresentar a solução para alguma situação, o intérprete deverá aplicar, subsidiariamente, as regras contidas na Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) e no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 13.300/2016).

Essa ação constitucional coletiva é ajuizada por legitimados coletivos específicos, em regime de substituição processual, ou seja, o legitimado do artigo 12 da lei 13.300/16 (Ministério Público, Defensoria Pública, Partido Político, Organização Sindical, Entidade de Classe e Associação) ajuíza em nome próprio, mas defendendo interesses alheios.

A composição do polo ativo do mandado de injunção será de acordo com a tutela requerida. Se a tutela for relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis, a ação será interposta pelo Ministério Público. No caso em que se busca assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados a finalidades partidárias, o partido político é legitimado para ajuizar esta ação constitucional. Na hipótese em que se almeja assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros e associados, o polo ativo será composto por organização sindical, entidade de classe ou associação. Por fim, a legitimação será da Defensoria Pública se a tutela requerida for notadamente importante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (art.12, lei 13.300/16).

Interessante observar que o rol de legitimados ativos para ingressar com o mandado de injunção coletivo é mais amplo que o rol daqueles que podem interpor o mandado de segurança coletivo. Há previsão expressa de que o Ministério Público e a Defensoria Pública podem ingressar com o mandado de injunção coletivo, legitimação não presente no mandado de segurança coletivo.

O mandado de injunção será proposto perante a pessoa estatal à qual foi atribuída responsabilidade para regulamentar a norma. Não é possível impetrar essa ação coletiva em face do particular. Entretanto, quem vai suportar os efeitos do exercício do direito subjetivo requerido é um terceiro (e não a pessoa estatal que figurou no polo passivo da ação constitucional). Isso ocorre porque o mandado de injunção objetiva possibilitar o exercício de direitos subjetivos no caso concreto⁵⁹².

⁵⁹² Por exemplo: Não havia a lei de greve para o servidor público apesar da Constituição assegurar tal direito. Então, a entidade representante dos servidores públicos ingressou com um mandado de injunção e colocou no polo passivo o legislativo. No caso o STF decidiu a questão e aplicou, por analogia, a lei de greve dos particulares para os servidores públicos. Só que quem vai sofrer os efeitos dessa decisão é a instituição perante a qual os servidores exercerão seu direito de greve.

A competência para apreciar e julgar o mandado de injunção é estabelecida na Constituição Federal de 1988 ⁵⁹³, nas Constituições dos Estados ou em lei federal. O critério utilizado é a função exercida pela autoridade que não regulamentou a norma.

No âmbito do mandado de injunção, pode ser realizado um controle difuso de constitucionalidade. Nesse caso de omissão legislativa, só cabe o controle difuso de normas constitucionais de eficácia limitada.

Em relação à eficácia subjetiva, o legislador, ao elaborar a lei 13.300/2016 adotou, em regra, a corrente individual (eficácia subjetiva limitada às partes – art.9º, lei 13.300/2016). Assim, no mandado de injunção coletivo a sentença e a coisa julgada limitam-se às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou categoria substituídos pelo impetrante e até a edição superveniente da norma regulamentadora (art.13, lei ,13.300/2016).

O legislador apresentou exceções à regra da eficácia subjetiva limitada às partes e possibilitou ao julgador dar efeitos ultra partes ou '*erga omnes*' a sua decisão, na hipótese desses efeitos serem inerentes ou indispensáveis para que a parte exerça o direito, a liberdade ou a prerrogativa que foi requerida no mandado de injunção (art.9º, § 1º, lei 13.300/16). E, ainda, o relator pode, após transitada em julgado a decisão em sede de mandado de injunção, monocraticamente, estender os efeitos da decisão a casos análogos.

Os efeitos da coisa julgada no mandado de injunção seguem a regra das ações que compõem o microssistema de tutela coletiva. Ou seja, a coisa julgada coletiva no mandado de injunção coletivo não induz a litispendência em relação ao individual. Entretanto, se o demandante da injunção individual quiser se beneficiar da

⁵⁹³ A competência para julgar o mandado de injunção depende da autoridade que figura no polo passivo e que possui atribuição para editar a norma. Quando a atribuição para elaborar a norma for: - do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas da Câmara e do Senado, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores, do Supremo Tribunal Federal a competência é do Supremo Tribunal Federal (art.102, I, "q", CF/88); - do órgão, entidade ou autoridade federal, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal a competência é do Superior Tribunal de Justiça (art.105, I, "h", CF/88); - TSE tem competência para julgar em grau de recurso o mandado de injunção denegado pelo TRE (art.121, §4º, V, CF/88) - órgão, entidade ou autoridade federal nos assuntos de sua competência será competente para o julgamento Juízes e Tribunais da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho; - órgão, entidade ou autoridade federal, se não for assunto das demais "Justiças" e desde que não seja autoridade sujeita à competência do STJ compete o julgamento aos Juízes Federais e Tribunais Regionais Federais; - órgão, entidade ou autoridade estadual, na forma como disciplinada pelas Constituições estaduais cabe o julgamento aos Juízes estaduais e aos Tribunais de Justiça dos Estados (art.121, §1º, CF/88).

coisa julgada coletiva, tem o prazo de 30 dias, contados da ciência comprovada da impetração da injunção coletiva, para requerer a desistência da ação individual.

4.2.7 HABEAS DATA

O *habeas data* é uma ação constitucional para a garantia do direito que assiste a todas as pessoas de ter acesso às informações a seu respeito que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para que delas tome conhecimento e, se necessário for, para retificar os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem discriminação.

Esse remédio constitucional encontra ascendência na lei norte americana de proteção à liberdade de informação e já foi previsto na Constituição Portuguesa de 1976 (art.35,1)⁵⁹⁴ e na Constituição Espanhola de 1978 (art.105, b)⁵⁹⁵.

Essa ação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, no art. 5º, LXXII, e regulamentada pela lei 9.507/1997, que assim dispõe: “ (...) LXXII - conceder-se-á “*habeas-data*”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”⁵⁹⁶.

A natureza jurídica do *habeas data* é de uma ação constitucional de caráter civil e rito sumário. E, como todas as normas constitucionais que abordam direitos e garantias fundamentais, o *habeas data* tem aplicação imediata (art.5º, § 1º, CF/88),

⁵⁹⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** – 02 de abril de 1976. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 14 abr. 2022. Artigo 35, 1. “*Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.*”

⁵⁹⁵ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022. Artigo 105: “*La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.*”

⁵⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

não é necessária a edição de lei para que produza todos os seus efeitos. Isso porque os direitos e garantias fundamentais são normas Constitucionais de eficácia plena.

Inicialmente, só cabe *habeas data* se antes houve um pedido indeferido ou não respondido na via administrativa (Súmula 2 do STJ)⁵⁹⁷. Cabe o instituto para conhecer ou retificar dados pessoais constantes de bancos de dados das entidades governamentais e bancos de dados de caráter público⁵⁹⁸ gerido por pessoas privadas, como por exemplo, o serviço de proteção ao crédito.

O direito de petição exsurge quando há recusa no fornecimento de certidões para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal ou coletivo ou geral, próprio ou de terceiros (art.5º, XXXIII, CF/88)⁵⁹⁹.

Os legitimados para interposição do *habeas data* são as pessoas naturais (brasileiras e estrangeiras), entes despersonalizados com capacidade processual (espólio, massa falida), as pessoas jurídicas, pessoas jurídicas de direito público, ou até mesmo determinados órgãos públicos com capacidade processual (mesas das casas legislativas).

O legitimado para impetrar o *habeas data* é somente o titular das informações constantes dos órgãos, o que lhe confere o caráter personalíssimo. Se o impetrante deseja obter informações sobre terceiro ou informações de caráter público, tais como aquelas decorrentes da lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), deverá utilizar o Mandado de Segurança.

O sujeito passivo do *habeas data* é a entidade que mantém as informações a respeito do impetrante. Normalmente, essa ação constitucional tem por finalidade garantir o acesso a bancos de dados mantidos por entidades governamentais, aí

⁵⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 2**. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em 06 mar. 2022. “Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5.0., LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

⁵⁹⁸ BRASIL. Lei nº 9.507, 12 de novembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 06 mar. 2022. Art.1º, parágrafo único: “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.”

⁵⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. Art.5º, XXXIII “(...) Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

incluídas as concessionárias, permissionárias, que exercem atividades autorizadas. Nada obsta, porém, que tenha como impetrado órgão de restrição de crédito (exemplos: SPC e SERASA) e até mesmo as empresas de colocação de profissionais no mercado de trabalho, tutelando o que parte da doutrina denomina liberdade informática. Entretanto, o Superior Tribunal Justiça⁶⁰⁰ considerou que não cabe *habeas data* para o simples fornecimento por instituição financeira de extratos bancários ainda que a instituição financeira seja uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública, por faltar caráter público ao banco de dados.

O procedimento do *habeas data* detém tramitação prioritária, exceto em relação ao *habeas corpus* e ao mandado de segurança. O legislador procurou atender à primeira onda renovatória de acesso à justiça e, assim, para possibilitar o amplo acesso das pessoas ao instituto. O artigo 21 da lei do *habeas data* 9.507/97⁶⁰¹ previu sua gratuidade (não é necessário recolher custas processuais).

A lei 9.507/97 prevê um procedimento administrativo prévio ao ajuizamento da petição inicial, indispensável para o prosseguimento da ação. Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações. Se o requerente constatar a inexatidão de dados a seu respeito, ele poderá, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, requerer sua retificação.

O art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.507/1997 exige como condição de procedibilidade do *habeas data* a comprovação da recusa ao fornecimento, à retificação ou à anotação de informações. A ausência da comprovação da recusa implica em reconhecimento da carência da ação por falta do interesse de agir⁶⁰².

⁶⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.128.739/RJ**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8590071/recurso-especial-resp-1128739-rj-2009-0049436-2-stj/relatorio-e-voto-13674643>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁶⁰¹ BRASIL. Lei nº 9.507, 12 de novembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 06 mar. 2022. Art. 21. “São gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de *habeas data*. ”

⁶⁰² BRASIL. Lei nº 9.507, 12 de novembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 06 mar. 2022. Art. 8º “A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais

A ação será distribuída e, se for para juiz de primeiro grau, os autos conclusos no prazo de 24 horas e, se for para tribunais, na sessão seguinte à apresentação da conclusão pelo relator. Se o magistrado indeferir liminarmente o *habeas data*, cabe apelação.

Ao despachar a inicial, o juiz determinará a notificação do coator do conteúdo da petição, a fim de que preste informações que julgar necessárias. Após isso, deverá ser ouvido o representante do Ministério Público no prazo de 05 dias. A seguir, os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em 05 dias. Da decisão do juiz caberá apelação e, se a decisão for procedente, a apelação não terá efeito suspensivo.

A lei 9.507/97 estabeleceu em seu artigo 20, inciso I que a competência originária para julgar o *habeas data* é destinada: “(...) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; - ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; - aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal; - a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; - a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado; - a juiz estadual, nos demais casos”⁶⁰³.

A lei 9.507/97 estabeleceu em seu artigo 20, inciso II, que a competência recursal para julgar o *habeas data* é destinada: “(...) II - em grau de recurso: a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores; b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais; c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal; d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal”⁶⁰⁴.

de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão. ”

⁶⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

⁶⁰⁴ BRASIL. Lei nº 9.507, 12 de novembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 06 mar. 2022.

No entanto, a Constituição Federal prevê a viabilidade de Recurso Ordinário Constitucional, no âmbito do *habeas data*, apenas para o Supremo Tribunal Federal e não para o Superior Tribunal de Justiça. O artigo 105 da Constituição Federal 1988 prevê o recurso ordinário Constitucional para o STJ julgar o *habeas corpus* e o mandado de segurança, decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória. Assim, a previsão de recurso ordinário constitucional no âmbito do Superior Tribunal de Justiça para o *habeas data* é considerada inconstitucional pela doutrina.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário RE 673.707/MG⁶⁰⁵, com repercussão geral, decidiu que o *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais. No caso concreto, o STF reconheceu que o contribuinte pode ajuizar *habeas data* para ter acesso às informações relacionadas a ele e que estejam presentes no sistema SINCOR⁶⁰⁶ da Receita Federal. A decisão foi tomada com base no SINCOR, mas seu raciocínio poderá ser aplicado para outros bancos de dados mantidos pelos órgãos fazendários⁶⁰⁷.

4.2.8 HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* é uma garantia que visa assegurar o exercício de um direito essencial para o homem: a sua liberdade. Em outras palavras, resguarda a liberdade do indivíduo no instante em que ocorrer ou estiver na iminência de ocorrer ofensa a seu direito de ir e vir.

⁶⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 673707/MG**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/6/2015 (repercussão geral) (Info 790). Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo790.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

⁶⁰⁶ O SINCOR - Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica é um banco de dados da Receita Federal no qual ela armazena as informações sobre os débitos e créditos das contribuintes pessoas jurídicas.

⁶⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 673707/MG**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/6/2015 (repercussão geral) (Info 790). Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo790.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

Não há que se falar em Estado de Direito se há possibilidade de prisão injustificada sem tipificação penal anterior e o devido processo legal. E o *habeas corpus* visa proteger, de pronto, a liberdade do homem diante de prisões arbitrárias. Assim, consiste em um instrumento legal com natureza jurídica de ação independente, que tem como objetivo coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção do indivíduo, quando ela sofre ameaças ou restrições diretas ou indiretas.

No Direito Romano, havia uma concepção incipiente do *habeas corpus* como uma garantia criminal preventiva concedida aos “homens livres”, na qual o preso era exibido ao pretor – *Interdictum de Homine Libero Exhibendo*. Surge a ideia de que a tutela da liberdade física, de ir e vir, ou seja, de locomoção, é dada pelo Estado. Nesse sentido, ensina Luiz Pinto Ferreira:

Raízes históricas do *habeas corpus* já podem ser encontradas no direito romano, que à distância influenciou o direito ocidental. Pretende-se que os romanos já conheciam uma garantia criminal preventiva de natureza análoga a do *habeas corpus*, como seja, *Interdictum de Homine Libero Exhibendo*, como ordem que o pretor dava a trazer o cidadão ao seu julgamento, apreciando a legalidade da prisão efetuada.⁶⁰⁸

A Magna Carta Inglesa, de 1215, documento que assegurava o respeito aos direitos fundamentais dos “homens livres”, já trazia em seu texto os primórdios do que mais tarde seria o *Habeas Corpus Act*, 1679. O item 48 da Carta inglesa de 1215 assim dispõe: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país”⁶⁰⁹.

A petição de direitos, de 1628, reafirmou a previsão da Magna Carta de 1215 ao afirmar que nenhum súdito pode ser preso sem que o motivo da prisão seja demonstrado. Conforme o item II da *Petition of Rights*: “(...) e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes

⁶⁰⁸ FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. Capítulo histórico do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 197, p.20.

⁶⁰⁹ INGLATERRA. **MAGNA CARTA** – 1215. Outorgada pelo Rei João sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

*tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas (...)*⁶¹⁰.

No ano de 1679 foi editado *Habeas Corpus Act* – documento que assegura a liberdade de locomoção do homem. O direito de liberdade física do homem já era um tema tratado pelos filósofos da antiguidade clássica e reafirmado, na Idade Média, por Santo Agostinho, que naquela época já se preocupava com os meios para assegurá-lo.

A leitura do inciso I do *Habeas Corpus Act* apresenta o sentido processual que foi dado ao *mandamus* liberatório no ordenamento jurídico inglês:

A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência (*upon the return*), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente⁶¹¹.

No *Habeas Corpus Act*, a lei garantia à pessoa que teve sua liberdade restringida o direito de ter uma audiência com o julgador (*'Lord'*), que decidiria sobre a legalidade da prisão e a concessão do *mandamus* liberatório. Segundo Pontes de Miranda:

A liberdade física, direito absoluto, tirado da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a consagração que lhe dera o Capítulo XXIX da Magna Carta. Essa lei foi desrespeitada, esquecida e postergada a cada passo. Sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta, ora às decisões cobardes de certos

⁶¹⁰ INGLATERRA. **Petição de Direitos** (*Petition of Rights*) – 1628. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

⁶¹¹ INGLATERRA. **A Lei do “Habeas Corpus”** (*Habeas Corpus Act*) – 1679. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hc1679.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

juízes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da 'prerrogativa'⁶¹².

Interessante observar que o direito a não ser preso arbitrariamente é assegurado no texto da Magna Carta, mas, na prática, a liberdade de ir e vir não foi assegurada. Tal fato se deu devido à falta de regulamentação legislativa do processo para efetivação desse direito. Mais de 400 anos após a Magna Carta assegurar a liberdade de locomoção, o *Habeas Corpus Act* (1679) disciplinou, criando leis processuais, o procedimento para efetivação da garantia à liberdade de locomoção.

As regras processuais e procedimentais do *mandamus* liberatório contidas no *habeas corpus act* aplicavam-se apenas àqueles que cometeram crimes. Assim, o indivíduo que foi injustamente preso sem pesar contra ele acusação criminal não poderia se valer do *mandamus* liberatório. Por isso, em 1816, foi editado um segundo *Habeas Corpus Act* – que abrangia todas as formas ilegais de restrição da liberdade de locomoção⁶¹³.

Dos primórdios do habeas corpus na Magna Carta em 1215 até a segundo *Habeas Corpus Act* (1816) decorreram mais de seis séculos, tempo em que o instituto se desenvolveu em sintonia com a evolução política, econômica e jurídica da Inglaterra.

O *habeas corpus*, ressalta Pontes de Miranda, era muito importante para os povos antigos e medievais, uma vez que concebiam vagamente o direito de locomoção, não possuíam direitos subjetivos, quiçá as garantias para efetivação desses. Era usual coagir as pessoas pelo uso do poder e da força. Nas palavras de Pontes de Miranda:

(...) teremos idéia dos serviços prestados por êsses remédios, se tivermos em memória o que era a liberdade pessoal nos povos antigos e na Idade Média (...) o direito de ir e vir era vaga noção, sem as seguranças e garantias necessárias que a efetivassem. Direito subjetivo, não havia; nem a pretensão. As violações ficavam impunes. Por toda a parte coagiam-se indivíduos, ilegalmente. Os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços domésticos. Daí as leis tendentes a proibir essas vexações, de que é

⁶¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, p. 56.

⁶¹³ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. **Habeas Corpus**. In: *Ações Constitucionais*. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p.8.

exemplo o preceito de Carlos Magno (Cap. 793): *ui illos liberos homines comites nostri ad corum opus servile non opprimant*.⁶¹⁴

O *mandamus* liberatório tem previsão em âmbito da legislação internacional – artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem de 1948: Artigo VIII – “*Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*”⁶¹⁵.

O Brasil, durante o período colonial até a chegada da família real, era regido por normas importadas do ordenamento jurídico Português, principalmente as Ordenações Filipinas, de 1603, que vigoraram no país por mais de dois séculos. Com a independência do Brasil, em 1822, era necessário elaborar um novo conjunto de normas para reger o país. Esse regimento não foi construído no país ao longo de séculos e nem conquistado pelo povo brasileiro; foi entregue, pronto, pela elite dominante e adotado pelo novo Brasil independente.

Assim foi elaborada a primeira Constituição Brasileira em 1824. Ela previu o direito à liberdade física e vedou a prisão arbitrária⁶¹⁶ – o que pode ser considerado como uma semente para futura instituição do *Habeas Corpus*. Entretanto, esses direitos não eram extensivos a todos os brasileiros, já que os escravos não libertos não os possuíam. Nota-se certa similaridade com a Magna Carta (1215), que instituíra direitos apenas para a elite (os vassalos feudais não possuíam esses direitos).

⁶¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, p. 23.

⁶¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 20 abr. 2022.

⁶¹⁶ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824 - Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Art. 179. “*A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: ...*) VIII. *Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as (...).*”

A partir da Constituição 1824, foi necessário elaborar o primeiro Código Criminal Brasileiro. Interessa saber que as garantias ofertadas nos artigos 183 e 184 do Código Criminal só se aplicavam à classe dominante⁶¹⁷.

Somente com a edição do Código de Procedimento Criminal, em 1832, o *writ* liberatório foi definitivamente instituído no Brasil. O título VI, artigos 340 até 355, trata da ordem de *Habeas Corpus* e trouxe o procedimento para efetivação dessa garantia. Entre os dispositivos legais que tratam do *mandamus* liberatório merece destaque o artigo 340: “*Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor*”⁶¹⁸.

Assim, a previsão do Código de Processo Criminal de 1832 aplica-se aos cidadãos brasileiros. De acordo com o artigo 6º da Constituição de 1824 são cidadãos brasileiros os denominados ingênuos (o que nasce livre) ou libertos (nasceu escravo mas conquistou a liberdade). Assim, os escravos que não alcançaram a liberdade não possuem o direito ao *mandamus* liberatório⁶¹⁹.

Atualmente, a previsão do *habeas corpus* como uma garantia individual presente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dá a ele o *status* de cláusula pétrea Constitucional (art. 60, § 4º, IV).

Sua natureza jurídica não é a de recurso, mas sim – tal qual a revisão criminal – a de ação autônoma de impugnação, embora esteja no Título II a partir do art. 647 do CPP⁶²⁰, que trata de recursos. Os recursos pressupõem a existência de

⁶¹⁷ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código criminal do Império do Brazil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 02 mar. 2022. Art. 183. “*Recusarem os Juizes, á quem fôr permitido passar ordens de - habeas-corpus - concedel-as, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar. Art 184. Recusarem os Officiaes de Justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação de uma ordem de - habeas-corpus - que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligencias necessarias para que essa ordem surta effeito. Penas - de suspensão do emprego por um mez a um anno, e de prisão por quinze dias a quatro mezes.*”

⁶¹⁸ BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. **Promulga o Código de Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em 02 mar. 2022.

⁶¹⁹ RIBAS, Joaquim. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1982, p.280.

⁶²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022. “Art. 647. *Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.*”

um processo e são voltados à impugnação de decisões judiciais não definitivas. Para se impetrar o *mandamus* liberatório, não há necessidade de existir processo em curso. O *habeas corpus* pode ser utilizado antes mesmo da existência da relação jurídica processual, como também após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria. Assim, não pode ser considerado recurso, embora seja indevidamente utilizado como sucedâneo recursal.

O *mandamus* liberatório é um instrumento de acesso ao Judiciário, podendo ser pedido, em seu bojo: revogação da prisão preventiva, relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória, entre outros.

O *habeas corpus* somente é cabível se alguém estiver sofrendo ou sob ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção, em razão de constrangimento ilegal. Ele exige, portanto, uma violência física ou moral (coação) atual ou iminente. É relevante, portanto, que haja atos concretos com essas finalidades, não sendo cabível a medida para combater situações hipotéticas.

É exigido ainda que tal situação derive de uma ilegalidade ou de abuso de poder. Há abuso de poder, por exemplo, quando alguém fica sujeito a uma prisão temporária por prazo superior ao legal.

O artigo 647 do Código de Processo Penal traz a cláusula genérica de cabimento do *mandamus* liberatório: “*Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*”⁶²¹. As hipóteses de cabimento do *habeas corpus* descritas no Código de Processo Penal são exemplificativas – apresentadas no art. 648 do CPP⁶²².

As espécies de *habeas corpus* são o preventivo e o repressivo ou liberatório. O primeiro pressupõe ameaça concreta à liberdade de locomoção. Caso se consiga a ordem, o paciente será beneficiado com o chamado salvo-conduto (significa que o paciente pode andar sem ser molestado). No segundo já há um

⁶²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022.

⁶²² BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022. Art. 648. “A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade. ”

constrangimento à liberdade de locomoção e impetra-se o *habeas corpus* para que o juiz emita um alvará de soltura.

Se for ajuizado *habeas corpus* preventivo e ocorrer no curso da demanda a efetivação da ameaça à liberdade de locomoção, o *habeas corpus* preventivo se transmuda em liberatório, mercê do princípio da fungibilidade que permeia a compreensão da demanda.

O legitimado ativo para o *mandamus* liberatório é aquele que pede a concessão da ordem de *habeas corpus* em favor de alguém, que pode ser ele mesmo. Pode ser que um terceiro impetre o *habeas corpus* em favor de outrem. Portanto, a figura do impetrante e do paciente podem não coincidir. Trata-se de legitimação irrestrita. Qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, bem como o Ministério Público, pode impetrar o *habeas corpus* em favor de qualquer pessoa física, em substituição processual (art.654, *caput*, CPP) ⁶²³.

A pessoa jurídica pode impetrar o *habeas corpus* ainda que não seja regularmente constituída. Não poderá, contudo, ser paciente desse remédio constitucional, já que não há que se falar em liberdade de locomoção para pessoa jurídica.

O Ministério Público tem legitimidade para impetrar *habeas corpus*, tendo em vista sua função de guardião da ordem jurídica.

O *habeas corpus* é gratuito e o impetrante não precisa nem ter capacidade postulatória. Pode ser uma criança ou outro incapaz. Não é necessária a impetração por advogado, nem mesmo a sua atuação na fase recursal (art. 1º, §1º, lei 8.906/94).

Em relação à legitimidade passiva do *habeas corpus*, há discussões se a parte ré, no HC, é a autoridade coatora ou a pessoa jurídica a que está vinculada. Prevalece que o legitimado passivo é a pessoa responsável pela violência ou coação, que pode ser o delegado de polícia (por exemplo, efetuar prisão em flagrante abusiva) ou o juiz (por exemplo, dar ordem de prisão indevida). O detentor do preso, ou seja, aquele que apenas cumpre a ordem, não é autoridade coatora.

Até mesmo o particular pode ser considerado autoridade coatora, pois a Constituição não exige que a coação ou violência advenha de autoridade pública.

⁶²³ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022. Art. 654, *caput* “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público (...).” Código de Processo Penal.

Assim, por exemplo, pode ser pedido *habeas corpus* contra o ato do diretor de hospital que impede paciente de deixar o hospital por falta de pagamento.

A análise da competência para processar e julgar *habeas corpus* deve partir da leitura da Constituição da República e das Constituições Estaduais, pois há muitas hipóteses de competência originária. Como regra geral, a competência leva em consideração as pessoas do paciente e da autoridade coatora. À luz do ordenamento jurídico, existem três regras para definição do órgão julgador dessa ação Constitucional. A primeira é a que informa que o *habeas corpus* contra ato de autoridade coatora que possui foro por prerrogativa de função é julgado pelo Tribunal competente para processar e julgar os crimes praticados por ela. Por exemplo, se cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os crimes praticados pelo Procurador-Geral da República cabe à mesma Corte julgar o *habeas corpus* que tenha o Procurador-Geral da República como autoridade coatora. A segunda regra estabelece que se a autoridade coatora for órgão jurisdicional, a competência será do Tribunal imediatamente superior. Por fim, a terceira regra diz que a princípio, não se admite o *habeas corpus per saltum*. Ou seja, para que seja processado e julgado por uma instância superior, é necessário que a instância inferior, que possui competência, tenha esgotado o julgamento do *habeas corpus*, salvo em situações teratológicas ou de manifesta ilegalidade.

Nesse sentido, dispõe o enunciado número 691 da Súmula do STF: "*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*"⁶²⁴. Se a competência é do STJ e o ministro relator indefere a liminar em *habeas corpus*, é necessário recorrer via agravo regimental no próprio STJ, não sendo possível, em regra, impetrar *habeas corpus* no STF contra esse indeferimento monocrático. Essa regra, contudo, é flexibilizada, nos casos de ilegalidade flagrante e teratologia⁶²⁵.

⁶²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 691**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁶²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 146813/RJ**. Órgão julgador: segunda turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 10.10.2017. Publicado em: DJe de 16.11. 2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770052153/habeas-corpus-hc-146813-rj-rio-de-janeiro-0008744-0220171000000/inteiro-teor-770052163>. Acesso em 03 mar. 2022. "*Em apertada síntese, a discussão gira sobre a necessidade ou não da prisão preventiva do paciente. (...) é bem verdade que o rigor na aplicação de tal entendimento tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento*

O Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar o *habeas corpus* quando o paciente for o Presidente da República, o Vice-Presidente, membro do Congresso Nacional, um de seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, Ministro de Estado, Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, membro de Tribunal Superior, ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, "d", CF/88). Também é competência da Suprema Corte julgar o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for membro de Tribunal Superior ou autoridade cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (art. 102, I, "i", CF/88).

O Superior Tribunal de Justiça tem competência para julgar o *habeas corpus* quando o paciente ou coator for Governador de Estado ou do Distrito Federal, desembargador de Tribunal de Justiça, membro de Tribunal de Contas estadual ou distrital, desembargador de Tribunal Regional Federal, de Tribunal Regional Eleitoral ou do Trabalho, membros de Conselho ou Tribunal de Contas de município ou

ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: ...). (...) na hipótese dos autos, vislumbro a ocorrência de constrangimento ilegal ensejadora do afastamento da incidência da Súmula 691 do STF. Explico. (...) com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, permitindo, diante das circunstâncias do caso concreto, seja escolhida a medida mais ajustada às peculiaridades da espécie, viabilizando, assim, a tutela do meio social, mas também servindo, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado. Verifico ainda que o argumento utilizado no decreto de prisão para justificar a segregação do peticionário, por supostamente exercer relevante posição de operador financeiro da organização criminosa, não é suficiente para manter o encarceramento, já que o risco pode ser contornado por medidas menos gravosas que a prisão." E no HC 86864 MC, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 20.10.2005, DJ de 16.12.2005 o Supremo Tribunal Federal assim decidiu: "(...). I. - Pedido trazido à apreciação do Plenário, tendo em consideração a existência da Súmula 691-STF. II. - Liminar indeferida pelo Relator, no STJ. A Súmula 691-STF, que não admite habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, admite, entretanto, abrandamento: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte. III. - Precedente do STF: HC 85.185/SP, Ministro Cezar Peluso, Plenário, 10.8.2005. Exame de precedentes da Súmula 691-STF. IV. - Prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Conversa, pelo telefone, do paciente com outro co-réu, conversa essa interceptada com autorização judicial. Compreende-se no direito de defesa estabelecerem os co-réus estratégias de defesa. No caso, não há falar em aliciamento e constrangimento de testemunhas. Ademais, o co-réu já foi ouvido em Juízo. V. - Paciente com residência no distrito da culpa, onde tem profissão certa; não há notícia de que haja procrastinado a instrução ou o julgamento, tendo se apresentado à prisão imediatamente após a decretação desta. A prisão preventiva, principalmente a esta altura, constitui ilegalidade flagrante. VI. - Liminar deferida." (HC 86864 MC, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 20.10.2005, DJ de 16.12.2005).

procurador do Ministério Público da União que officie perante tribunais. A competência para julgamento do *habeas corpus* permanece com essa Corte Superior quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 105, I, "c").

O Tribunal Regional Federal é competente para julgar *habeas corpus* quando a autoridade coatora for juiz federal (art. 108, I, "d", CF/88) ou membro do Ministério Público da União de primeira instância. A competência originária para casos em que membros do Ministério Público da União de primeira instância sejam autoridade coatora não está prevista expressamente. Contudo, como o HC pode resultar no reconhecimento da prática de um crime, prevalece, no STJ⁶²⁶ e no STF⁶²⁷, a competência originária de tribunal.

Os Tribunais de Justiça dos Estados possuem competência para julgar o *habeas corpus* quando a autoridade coatora ou paciente for autoridade diretamente sujeita a sua jurisdição, conforme disciplina da Constituição Estadual.

A competência para julgamento de decisão de turma recursal dos juizados especiais criminais será dos Tribunais de Justiça dos Estados se a turma for composta por juízes estaduais e dos Tribunais Regionais Federais se a turma recursal for constituída por magistrados federais. Assim, o Supremo Tribunal Federal entende que a súmula 690 está superada⁶²⁸.

O procedimento desta ação constitucional é simplificado para possibilitar que qualquer pessoa possa defender o seu direito de liberdade de locomoção e seja

⁶²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 336.857/DF**. Órgão julgador: quinta turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgamento em: 11/10/2005. Publicação: DJe 07/11/2005. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7186818/recurso-especial-resp-336857-df-2001-0092698-0/inteiro-teor-12924601>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁶²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS Nº 27872/DF**. Órgão julgador: segunda turma. Relator: Ministra Ellen Graice. Julgamento em: 02/03/2010. Publicação em: DJe 18/03/2010. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8343849/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-27872-df>. Acesso em 03 mar. 2022.

⁶²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 676275 AgR**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 12.6.2012, DJe de 1.8.2012). Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2388633>. Acesso em 01 mar. 2022. “Quanto ao pedido de análise do aduzido cerceamento de defesa em sede de *habeas corpus*, ressalto que a Súmula 690/STF não mais prevalece a partir do julgamento pelo Pleno do HC 86834/SP, relatado pelo Rel. Ministro Marco Aurélio (DJ em 9.3.2007), no qual foi consolidado o entendimento de que compete ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, conforme o caso, julgar *habeas corpus* impetrado contra ato praticado por integrantes de Turmas Recursais de Juizado Especial.”

capaz de interpor o *habeas corpus*. A ideia do constituinte foi de ampliar o acesso de qualquer interessado ao *mandamus* liberatório, não exigindo capacidade postulatória e determinando que seja gratuito (não é necessário recolher custas judiciais). Além disso, a forma de propositura é livre e a petição deverá conter apenas os requisitos dispostos no parágrafo 1º do artigo 654 do Código de Processo Penal⁶²⁹ (nome do paciente, nome do coator, ato de constrangimento ilegal ou abuso de poder cometido).

O procedimento não comporta instrução probatória (similar ao mandado de segurança) e exige a configuração de direito líquido e certo, mediante prova pré-constituída. Em outras palavras, é exigida prova documental do ato ilegal ou de abuso de poder já juntado à petição inicial.

Por óbvio, cabe medida liminar no seu procedimento, desde que presentes os requisitos da urgência e plausibilidade jurídica.

Além disso, a autoridade coatora será intimada para prestar informações escritas (art. 662 do CPP)⁶³⁰. Em seguida, o Ministério Público terá vista dos autos, para apresentar parecer. Essa previsão só consta no parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 552/69⁶³¹, relativo a feitos de competência originária de tribunal, mas também tem sido aplicada aos processos de primeira instância.

No que se refere à coisa julgada no *habeas corpus*, prevalece o regime *secundum eventum probationis*, em razão da sua cognição não exauriente. Assim, a

⁶²⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022. Art. 654, caput “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. § 1o A petição de *habeas corpus* conterá: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências. (...)”

⁶³⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022. Art. 662. “Se a petição contiver os requisitos do art. 654, § 1º, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.”

⁶³¹ BRASIL. Decreto-lei nº 552, de 25 de abril de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0552.htm. Acesso em 03 mar. 2022. Art 1º “Ao Ministério Público será sempre concedida, nos Tribunais Federais ou Estaduais, vista dos autos relativos a processos de “*habeas corpus*” originários ou em grau de recurso pelo prazo de 2 (dois) dias (...) § 2º A vista ao Ministério Público será concedida após a prestação das informações pela autoridade coatora salvo se o relator entender desnecessário solicitá-las, ou se solicitadas, não tiverem sido prestadas (...)”

denegação da ordem não impede o ajuizamento de novo *habeas corpus*, com base em prova nova.

4.2.9 HABEAS CORPUS COLETIVO

O *mandamus* liberatório coletivo não foi previsto na legislação nacional. No entanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça admitiram a sua possibilidade. As Cortes entenderam que as ações coletivas ampliam o acesso das pessoas social e economicamente vulneráveis à Justiça e possibilitar o *writ* coletivo é tutelar, coletivamente, a liberdade de ir e vir, um dos bens mais preciosos para os seres humanos. Dessa forma, segue a tendência iniciada com a doutrina brasileira do *habeas corpus* que consistia em ampliar as hipóteses de cabimento desse remédio constitucional.

Ademais, há dois dispositivos no Código de Processo Penal que, embora não tragam expressamente a hipótese do *habeas corpus* coletivo, implicitamente autorizam sua existência na ordem jurídica nacional. O artigo 580 do CPP possibilita que uma ordem concedida em um *habeas corpus* seja estendida a todos que estejam na mesma situação jurídica e o parágrafo 2º do artigo 654 do CPP afirma que compete aos juízes e tribunais expedir a ordem de *habeas corpus* de ofício. Assim, de ofício, os juízes e tribunais podem estender a todos que se encontrem na mesma situação o *habeas corpus* concedido a um indivíduo.

Além disso, as ações coletivas são regidas pelo microssistema processual de tutela coletiva, em que são aplicadas as regras procedimentais da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 83 da lei 8078/1990 traz o princípio da atipicidade das ações coletivas. Assim, o *habeas corpus* coletivo é uma ação coletiva atípica.

Nesse sentido, ao julgar o *habeas corpus* nº 143.641, a Segunda Turma do STF⁶³² decidiu pelo cabimento da figura processual, aplicando, por analogia, o art. 12

⁶³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP**. Órgão julgador: 2º turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/02/2018. Publicado em 24/08/2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em 03 mar. 2022.

da Lei nº 13.300/2016 (que traz os legitimados para propor o mandado de injunção coletivo) para a definição da legitimidade ativa, assegurada ao Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação (para a defesa dos direitos de seus membros ou associados) e defensorias públicas.

Em síntese, o Supremo mandou aplicar analogicamente as previsões da lei 13.300/2016, que prevê expressamente o mandado de injunção coletivo, ao *habeas corpus* coletivo. Por isso, as explanações apresentadas nessa tese a respeito do mandado de injunção coletivo aplicam-se ao *mandamus* liberatório coletivo.

4.3 A TUTELA COLETIVA DAS LIBERDADES

4.3.1 INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal de 1988, o direito de liberdade religiosa abrange não apenas a liberdade de crença (art.5º, VI e VIII, CF/88), ou seja, o direito à livre formação da consciência religiosa, optar por ter ou não uma religião e poder expressar as convicções religiosas sem sofrer restrições; abrange também o exercício de atos próprios da religião (cultos e liturgias) em casa e em público (art.19, I, CF/88). A Constituição Federal de 1988 protege o funcionamento das organizações religiosas (art.19, I, CF/88).

O direito de liberdade religiosa pode ser garantido pelo processo coletivo. Uma vez que esse direito é dirigido a todos os indivíduos da sociedade, pode ser considerado um direito coletivo em sentido amplo e, assim, se enquadra na hipótese do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta que

“(...) uma ação é coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espraiando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses coletivos, ou ainda o âmbito de certos grupos

ocasionalmente constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados ‘individuais homogêneos’”.⁶³³

A análise do objeto do pedido apresentado na ação coletiva é que determinará se a classificação da ação coletiva que tutela a liberdade religiosa, naquele caso concreto, será de direito difuso, direito coletivo em sentido estrito ou direito individual homogêneo. Será difuso se pretender tutelar o direito ao sentimento religioso de todos membros da sociedade. Será coletivo em sentido estrito se determinado grupo religioso tiver seu direito de liberdade religiosa violado. Por fim, será individual homogêneo se a violação da liberdade religiosa tiver origem comum e atingir pessoas certas e determinadas.

As normas processuais coletivas aplicáveis à tutela do direito de liberdade religiosa são as mesmas do processo coletivo em geral. No Brasil, aplica-se o microssistema da tutela coletiva formado pela Constituição Federal de 1988, pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor à tutela da liberdade religiosa. Por isso, esta tese passa a apresentar características do processo coletivo em geral sem pretensão de esgotar o assunto.

4.3.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO

O direito romano possuía um instrumento processual denominado “ação popular”. Essa ação era atribuída a qualquer cidadão para proteção de interesses não meramente particulares, mas públicos (interesse público primário ou da sociedade)⁶³⁴.

No direito inglês, as ações representativas (preliminares às ações coletivas) surgiram por volta de 1199, quando um líder religioso de Barway propôs ação perante a Corte eclesiástica de Canterbury que abordava ofertas em face dos paroquianos de Nuthamstead, e foram a juízo apenas alguns representantes dos paroquianos para

⁶³³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Popular**. 3º ed., São Paulo: RT, 1998, p.34.

⁶³⁴ RIBEIRO, Darci G. **La pretensión procesal y tutela judicial efectiva**. Barcelona Bosch, 2004, nº 9.5, p.158-161. Os direitos individuais se dividem entre públicos e privados e há os direitos metaindividuais. Estes protegem o interesse público primário, que é o interesse da sociedade. Portanto, o processo coletivo é um processo de interesse público primário, de interesse do grupo social.

responderem por todos. Existiram outros casos esparsos nos séculos seguintes (XIII, XIV e XV) nos quais os representantes da comunidade representavam judicialmente todos os membros⁶³⁵.

A partir do início da revolução industrial, no século XVIII, o processo de produção em massa inglês foi disseminado para outros países. Aliado ao crescente processo de urbanização, formação de um mercado consumidor urbano, constituição de meios de comunicação em massa acabaram por fazer surgir a denominada sociedade de massa. Passou então a existir produção industrial, agrícola e energética em altas escalas para um grande mercado consumidor. Nesse cenário, os contratos para regular as relações entre produtores e a massa de consumidores são generalizados como, por exemplo, os contratos de adesão. Nada mais natural que os conflitos também passem a ser em massa.

A sistematização dessa representação da coletividade ocorreu na Inglaterra (final do século XVII), com *Bill of Peace*. De acordo com essa norma, passa a ser possível que o autor da ação individual conceda uma autorização para seu processamento coletivo e assim possa beneficiar a todos que estejam na mesma situação litigiosa. O intuito era abordar aquela questão de forma uniforme e diminuir o número de ações idênticas (exceto quanto ao autor da demanda)⁶³⁶.

Nos Estados Unidos da América, o primeiro caso a envolver ações coletivas foi *West vs. Randall*, que se deu em 1820. Por volta de 1842, a Suprema Corte edita a *Equity Rule 48* – primeira norma relacionada a *Class Action* nos Estados Unidos da América⁶³⁷. Posteriormente, essa regra foi revogada e foi editado o Código de Processo Civil de âmbito Federal contendo a *Rule 23*, que regulava as *class actions*. Nos anos seguintes, a regra 23 passou por sucessivas reformulações e, com a reforma legislativa de 2005, entrou em vigor a *Class Action Fairness Act*, que

⁶³⁵ CASTRO MENDES, Aluíso Gonçalves de. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2.º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp.38-41.

⁶³⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988, pp. 22-23.

⁶³⁷ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, “El procedimiento de las acciones de grupo (Class Actions) en los Estados Unidos de América”, **Justicia: Revista de Derecho Procesal**, Nº 1, 1994, págs. 67-124.

incorporou tais alterações no título 28 do *United States Code* com aplicação nacional⁶³⁸.

De acordo com Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, a legitimação típica da *class action* deve ser considerada como ordinária. Existe o convívio harmônico entre a legitimação extraordinária (direitos individuais homogêneos) e a legitimação ordinária *sui generis*. O representante caracteriza-se como “*gestor autónomo del interés colectivo y también, junto a los demás miembros de la coletividad, titular del mismo*”⁶³⁹.

Nos Estados Unidos da América, um dos meios processuais para assegurar o direito de liberdade religiosa é a *class action*. A Suprema Corte americana, em 1829, analisando o caso *Beatty versus Kurtz* permitiu que os fiéis de determinada paróquia processassem coletivamente um herdeiro que pretendia retomar a propriedade de um terreno que foi usado como cemitério ligado à Igreja luterana. Os elementos de admissão da demanda coletiva foram a reunião voluntária dos paroquianos, a escolha de uma pessoa que os representasse na lide e o fato de todos possuírem o mesmo interesse⁶⁴⁰.

A evolução do processo coletivo acompanhou a sistemática de desenvolvimento do direito processual na seara civil como um todo. Inicialmente, até meados do século XIX, vigia o sincretismo, de modo que o processo era somente uma coletânea de atos para fazer valer o direito material – período imanentista ou civilista. Nesse período, o processo era considerado como apêndice do direito material.

A segunda etapa, autonomista, iniciou-se com a publicação da obra “Teoria dos pressupostos processuais e exceções dilatórias” (1868) por Oskar Von Bulow. Nessa fase, houve o reconhecimento da autonomia do direito processual e a existência de duas relações jurídicas autônomas: a de direito material e a de direito processual. Também conhecida como fase científica, porque entendia que o processo

⁶³⁸ CASTRO MENDES, Aluíso Gonçalves de. CASTRO MENDES, Carolina Paes de. **O Direito Processual Coletivo o Novo Código de Processo Civil**. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v.20, n.3, Setembro – Dezembro 2018, p.270-281.

⁶³⁹ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona. José Maria Bosch editores, 1995, pp.265-269.

⁶⁴⁰ DODSON, Scott. **An Opt-In Option for Class Actions**, 115 Mich. L. Rev. 171 (2016). Disponível em: < <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss2/1> >. Acesso em: 05 out. 2022.

civil era uma ciência jurídica autônoma. A principal crítica a essa concepção do direito processual foi que o processo deixou de servir à efetivação do direito material.

Na próxima etapa, instrumentalista, o processualismo aproveita a doutrina da ciência processual autônoma para sedimentar seus conceitos próprios. A doutrina se preocupa com a melhoria da prestação jurisdicional, buscando o ideal de justiça, efetividade do processo e acesso à justiça. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, o instrumentalismo provoca uma reaproximação entre o processo e o direito material.

Na fase instrumentalista, a finalidade era reaproximar o direito material e o direito processual, sem negar a autonomia do processo civil. O movimento de acesso à justiça teve início na segunda metade do século XX, 1950, com a publicação da obra “Acesso à justiça” de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁶⁴¹.

Na visão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para efetivar o sistema instrumentalista e garantir o acesso à justiça, era preciso que houvesse alterações legislativas dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Essas mudanças podem ser divididas em três “ondas” de reformas.

A primeira onda seria a promoção das reformas na assistência judiciária para os pobres. A segunda onda cuidaria de reformar o processo civil a fim de proteger os interesses difusos. A terceira onda abordaria a representação em juízo e buscaria uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra:

Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar três ondas renovatórias, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da assistência judiciária aos necessitados;

⁶⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.7.

b) a segunda voltada à tutela dos interesses supra-individuais, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimento, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa, etc.).⁶⁴²

A primeira onda renovatória foi concebida para possibilitar o acesso das pessoas menos favorecidas financeiramente ao processo. No Brasil, por exemplo, foi criada a lei de assistência judiciária de 1950 e posteriormente a Defensoria Pública e os juizados especiais.

A segunda onda renovatória aborda a coletivização do processo. Considera-se necessário, por essa abordagem, buscar a proteção dos bens e direitos de titularidade indeterminada⁶⁴³. Para isso, o direito processual brasileiro criou os legitimados coletivos para propor essas demandas, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e órgãos públicos. Além disso, há bens e direitos para os quais a tutela coletiva é recomendável como forma de se evitar a molecularização dos conflitos. Protege-se assim o sistema processual, evitando-se demandas repetitivas e discrepâncias jurisprudenciais. Por fim, é preciso considerar os casos em que a tutela coletiva do direito individual é, economicamente, mais viável.

A terceira onda renovatória preocupou-se com a efetividade das normas processuais. A ideia é tornar o processo menos formal, menos técnico e capaz de produzir mais e melhores resultados para as partes.

O que pode ser observado é que desde a origem das ações coletivas buscava-se o efetivo acesso à Justiça. Diversas normas jurídicas de diferentes nações demonstraram a preocupação em oferecer meios de peticionar ao judiciário a defesa de interesses públicos primários e interesses de certos agrupamentos de pessoas.

⁶⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43.

⁶⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.24. *“Interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao meio ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar a correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.”*

O processo tem que ser um mecanismo efetivo de acesso à Justiça. Para que isso aconteça, foi necessária a criação de mecanismos para a tutela dos direitos metaindividuais: as ações coletivas. Era preciso tutelar bens e direitos de titularidade indeterminada, bens e direitos cujo conteúdo econômico mínimo não viabilizaria a tutela individual e a tutela coletiva generalizada das causas coletivas.

Quando se fala em tutela de bens e direitos de titularidade indeterminada, é preciso observar que há direitos que são de todo mundo e ao mesmo tempo não são de ninguém. São direitos de titularidade difusa, como o meio ambiente, o patrimônio público, a moralidade administrativa, entre outros.

Não havia mecanismos processuais para tutelar esses bens. Isso porque, como não havia titularidade, não havia nenhum legitimado. Por isso o processo coletivo estabelece alguns legitimados para entrar com essas ações representando a coletividade⁶⁴⁴.

Era preciso se preocupar não só com bens de titularidade indeterminada, mas também com a tutela de bens e direitos cujo conteúdo econômico mínimo não viabilizasse a tutela individual. Existem certos bens que, uma vez violados, fazem com que a parte não entre com ação, pois a vantagem é mínima. De acordo com Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de 'bagatela', que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a perpetuação de práticas ilegais e lesivas (...). De pouca ou nenhuma valia passam a ser as normas de direito material, que estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis⁶⁴⁵.

Já no caso da tutela coletiva generalizada das causas repetitivas, o imperativo aqui não é de ordem técnica, mas de economia processual. O Judiciário tem causas que se repetem. Através de uma ação coletiva podem ser resolvidos os problemas de inúmeras pessoas.

⁶⁴⁴ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona. José Maria Bosch editores, 1995, pp.250-251.

⁶⁴⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ação coletiva no direito comparado e nacional**. 2ºed. Revista e atualizada – temas atuais de processo civil. Vol.4. São Paulo: RT, 2010, p.28.

4.3.3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

O desenvolvimento das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro foi progressivo e contínuo. Em um primeiro momento havia predominância da tutela do direito material e jurisdicional individual. O Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 apresentavam um modelo de processo civil individualista. Os próprios titulares dos direitos lesados deveriam buscar, individualmente, a tutela jurídica (processo era interindividual).

A ação popular de natureza civil foi prevista na Constituição Brasileira de 1934⁶⁴⁶ que, em seu artigo 113, item 38, já previa a legitimidade de qualquer cidadão para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos considerados lesivos ao patrimônio público. Essa norma não se fez presente na Constituição Brasileira de 1937⁶⁴⁷, mas foi reinserida na Constituição Brasileira de 1946⁶⁴⁸, artigo 141, § 38,

⁶⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022. CAPÍTULO II - “*Dos Direitos e das Garantias Individuais*” - Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

⁶⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

⁶⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022. CAPÍTULO II - *Dos Direitos e das Garantias individuais* - Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

assim como na Constituição Brasileira de 1967⁶⁴⁹ e na Constituição Federal de 1988⁶⁵⁰.

As normas que regulamentaram a tutela processual coletiva foram previstas na legislação extravagante. A primeira delas foi a lei da ação popular (lei 4.717/65⁶⁵¹), editada para regulamentar as ações populares. Apesar do avanço na tutela coletiva com a edição da lei de ação popular, o Código de Processo Civil de 1973 se manteve eminentemente voltado para a tutela de interesses individuais.

A doutrina destaca a lei nacional da política do meio ambiente, lei 6.938/81⁶⁵², que possui um dispositivo (artigo 14, § 1º) que legitima o Ministério Público para proteger e tutelar o meio ambiente por meio da ação de responsabilidade civil para reparação de danos ambientais.

Sérgio Shimura⁶⁵³ ensina que já havia na legislação brasileira antes de 1985 normas pontuais e setorializadas, assegurando algumas ações com o objetivo de tutelar direitos difusos, coletivos em sentido estrito, bem como individuais homogêneos, como a previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei

⁶⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022. CAPÍTULO IV – “Dos Direitos e Garantias Individuais - Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.”

⁶⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. 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: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

⁶⁵¹ BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁵² BRASIL. LEI FEDERAL 6.938 de 31 de agosto de 1981. Art. 14, § 1º: “§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. ” Endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 05.03.2022.

⁶⁵³ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 33-34.

5.452/1943⁶⁵⁴), a Lei 4717/1965 (ação popular)⁶⁵⁵, a Lei 6.024/1974 (intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira)⁶⁵⁶, ou a liquidação judicial de sociedades (art. 209 da Lei 6.404/1976⁶⁵⁷ e art. 18 do Decreto 3.708/1919⁶⁵⁸).

A lei de ação civil pública (lei 7.347/85) e a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III, trouxeram novos institutos processuais para a tutela das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro. A lei 7.347/85 foi um marco definitivo para a tutela dos direitos e interesses coletivos ao introduzir a ação civil pública no ordenamento jurídico nacional.

A Constituição Federal de 1988 teve relevante papel na tutela coletiva. Isso porque legitimou o Ministério Público para proposição da ação civil pública (art.129, inciso III, CF/88). E ainda introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o mandado de segurança coletivo (art.5º, inciso LXIX e LXX), o mandado de injunção coletivo (art.5º, inciso LXXI), aumentou a esfera de atuação da lei da ação popular (art.5º, inciso LXXIII), criou a possibilidade de entidades administrativas e sindicatos representarem seus associados e filiados, respectivamente (art.5º, inciso XXI e art.8º, inciso III).

A lei de ação civil pública não continha dispositivos legais para tutelar os bens e direitos nos quais a tutela individual é, economicamente, inviável e os bens e direitos em que a tutela coletiva é recomendável. O Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90, atendeu às referidas ausências e tutelou os direitos individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe várias normas procedimentais para as demandas coletivas em sentido amplo⁶⁵⁹ e assim complementou as previsões

⁶⁵⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁵⁵ BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁵⁶ BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. **Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁵⁷ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. **Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁵⁹ As demandas coletivas em sentido amplo abrangem a tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

da lei da ação civil pública. Essa codificação uniformizou o entendimento a respeito dos conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos mediante conceituação em seu artigo 81.⁶⁶⁰

Houve também uma fase de complementação do rol de normas jurídicas que cuidavam da tutela dos direitos metaindividuais com edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90⁶⁶¹), Lei de Improbidade Administrativa (lei 8.429/92⁶⁶²), Estatuto da Cidade (lei 10.257/2001⁶⁶³) e Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003⁶⁶⁴).

Atualmente, há um microssistema de tutela coletiva que tem como normas basilares a lei de ação civil pública e o código de defesa do consumidor. As normas de reenvio (art.21 da Lei 7347/85 e art.90 da lei 8078/90) estabelecem o denominado diálogo das fontes⁶⁶⁵, uma vez que a lei de ação civil pública determina que se aplicam

⁶⁶⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art.81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os trans-individuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os trans-individuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁶⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁶² BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁶³ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁶⁵ A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. De acordo com Claudia Lima Marques: “É o chamado 'diálogo das fontes' (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, *Recueil des Cours*, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais. Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*, II, p. 60 e 251 e ss.). O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma

as normas do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas em geral e, por outro lado, a codificação consumerista determina que se aplicam as normas da lei 7.347/85 para as ações coletivas consumeristas.

O Código de Processo Civil de 2015 é essencialmente voltado para a resolução de conflitos individuais. Entretanto, essa codificação reconhece as demandas coletivas, pois introduziu a sistemática dos recursos repetitivos (art.1.036, lei 13.105/15), o incidente de resolução de demandas repetitivas (art.976, lei 13.105/15) e a notificação dos legitimados para propositura da ação coletiva ao se verificar o ajuizamento de ações individuais repetitivas (art.139, X, lei 13.105/15).

Cumprе mencionar que a tutela coletiva tem sido um tema constantemente debatido entre os legisladores brasileiros e houve tentativas frustradas de elaboração de Código de Processo Coletivo, de uma nova lei de ação civil pública (PL 5.139/09⁶⁶⁶) e de um novo Código de defesa do consumidor (PLS 282/2012⁶⁶⁷).

4.3.4 O PROCESSO COLETIVO

O processo coletivo aborda os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. As distinções entre os direitos difusos e os coletivos nem sempre são claras e bem delineadas. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell ensina que: *“no es tarea fácil delimitar dónde en concreto puede considerarse que empieza a existir una certa*

eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'. 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato - solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)..”

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

⁶⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5139/2009. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁶⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2012. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106771>. Acesso em 07 mar. 2022.

organización o una determinabilidad suficiente para que se trate de intereses colectivos y no de intereses difusos”⁶⁶⁸.

As características principais dos direitos difusos são as seguintes: essencialmente coletivos e dotados de transindividualidade real ou material; indeterminação absoluta dos titulares do direito, que são indeterminados e indetermináveis; natureza indivisível; direitos que pertencem a todos de forma simultânea e indistinta, por isso, o resultado do processo será o mesmo para todos os titulares; os titulares desses direitos não possuem relações jurídicas entre si e estão ligados por circunstâncias de fato. Exemplos: direito ao meio ambiente equilibrado, patrimônio histórico, moralidade administrativa.

Os direitos coletivos possuem como características: são essencialmente coletivos e dotados de transindividualidade real ou material; titulares indeterminados, mas determináveis por grupo (não há como saber quem são os indivíduos); têm natureza indivisível; os titulares são unidos por circunstâncias jurídicas, pois há relação jurídica base entre os titulares do direito entre si ou com a parte contrária. Exemplo: reajuste abusivo das mensalidades das escolas particulares, interesses ligados aos membros de um sindicato ou partido político.

De acordo com Lorenzo Mateo Bujosa Vadell o interesse comum pode ser entendido como: *“interés que tiene singularmente cada miembro del grupo, que se repite y es coincidente con el de los demás”*. Por outro lado, o mesmo autor explica que o interesse coletivo pode ser considerado como *“es de uno y también de los demás componentes del grupo, de uno y de todos.”*⁶⁶⁹

Os direitos individuais homogêneos⁶⁷⁰ são aqueles que: são considerados como acidentalmente coletivos, isso porque são direitos individuais, mas tratados como se fossem coletivos; dotados de transindividualidade artificial, formal ou relativa, pois são direitos individuais que receberam tratamento legal de direitos transindividuais; possuem objeto particular e possuem natureza divisível. Exemplos:

⁶⁶⁸ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: José Maria Bosch, 1995, p.148.

⁶⁶⁹ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: José Maria Bosch, 1995, p.212.

⁶⁷⁰ Em relação aos direitos individuais homogêneos prevalece o entendimento de que eles são direitos individuais, mas que por conta da sua homogeneidade no seio social, acabam recebendo tratamento coletivo por quatro razões: os conflitos devem ser tratados conjuntamente para se evitar a molecularização do conflito; redução de custos para o poder público; evitar decisões contraditórias e aumento o acesso à justiça.

ações coletivas para cobrar os expurgos inflacionários; determinado lote de remédio causou lesão a alguns consumidores, como é o caso dos anticoncepcionais Microvlar que eram meros placebos (as mulheres que utilizaram produtos de determinado lote engravidaram). Segundo Lorenzo Mateo Bujosa Vadell:

“El interés común supondría que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar a los demás miembros, pero no se impide que cada uno de ellos pueda obtener individualmente la satisfacción de su interés; frente a ello hay otros intereses de grupo en que la satisfacción del individuo está limitada: sólo podrá satisfacer su interés en los límites en que sea satisfecho el interés de los demás, hay pues una recíproca interdependencia”⁶⁷¹.

Assim, os direitos individuais homogêneos são decorrentes de uma origem comum, sendo irrelevante verificar se existe uma relação jurídica base. Os sujeitos são determinados ou determináveis na fase de liquidação/execução, pois estão ligados por uma pretensão de origem comum, existe uma tese jurídica geral e o direito reclamado é individual.

Interessante observar que uma das justificativas para o indivíduo procurar ingressar com um processo coletivo para tutela dos seus direitos, seja seu receio de ser impotente perante grandes empresas e instituições. Por isso, busca a união com outras pessoas que se encontram na mesma situação para que possam ingressar com um mesmo processo, mais robusto. Segundo Bujosa Vadell: *“el individuo por su temor, su desconocimiento o su impotencia ante fuerzas más poderosas, como pueden ser las grandes empresas, se ve obligado para defender sus intereses, a reforzar sus vínculos de solidaridad con aquellos que ostentan intereses próximos a los suyos”⁶⁷².*

A relação intrínseca ente o direito processual e a Constituição também se faz presente quando abordamos o processo coletivo. Conforme os ensinamentos da professora Ada Pellegrini Grinover: *“O direito processual não se separa da Constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias jurídicas. Sobre os princípios políticos e sociais da*

⁶⁷¹ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: José María Bosch, 1995, p.97.

⁶⁷² BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: José María Bosch, 1995, p.77.

*constituição edificam-se os sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime constitucional e a disciplina do processo”.*⁶⁷³

O processo coletivo é aquele que tem como objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. De acordo com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo⁶⁷⁴.

O processo coletivo está dentro do sistema processual constitucional brasileiro. Portanto, aplicam-se ao processo coletivo os princípios constitucionais processuais, tais como contraditório, ampla defesa e princípio do juiz natural.

A Constituição Federal de 1988 concedeu caráter constitucional aos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo e assegurou o acesso à Justiça. Assim, possibilitou a estruturação do direito processual coletivo, que se subdivide em duas categorias: o direito processual coletivo especial e o direito processual coletivo comum⁶⁷⁵.

O processo coletivo especial aborda as ações de controle abstrato de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental.

O processo coletivo comum trata de todas as demais ações para tutela dos direitos e interesses metaindividuais que não sejam as ações de controle abstrato de constitucionalidade. Trata, portanto, da ação civil pública, da ação popular, da ação civil de improbidade administrativa, do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção coletivo, entre outras.

⁶⁷³ GRINOVER, Pellegrini Ada. **Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1975, p.VII, 177p.

⁶⁷⁴ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2016, n. 256.

⁶⁷⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 140-141

Os princípios do processo coletivo comum são fundamentais para a compreensão do funcionamento do microssistema de tutela coletiva. Tais princípios se caracterizam por um duplo vetor. O primeiro é o vetor legislativo, que informa ao responsável por elaborar as normas jurídicas a fazê-lo à luz dos princípios do processo coletivo. O segundo se refere ao vetor interpretativo, que informa que o operador do direito deve observar os princípios do processo coletivo para aplicar qualquer norma jurídica sobre direitos metaindividuais.

O princípio da indisponibilidade da ação coletiva afirma que o objeto do processo coletivo é indisponível. O titular do direito não é o representante da coletividade, é a coletividade. Portanto, o representante não pode abandonar, não pode desistir da ação coletiva e, se o fizer, não haverá extinção da ação, mas sim, alteração desse representante processual. O princípio está expresso no art. 9º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e no art. 5º, § 3º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

O princípio da indisponibilidade da execução coletiva⁶⁷⁶ determina que, se não houver cumprimento espontâneo da sentença coletiva, obrigatoriamente haverá execução. Assim, após sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória sem que o autor promova a execução, o Ministério Público deverá promovê-la e outros legitimados poderão executar. Este princípio é expresso no artigo 16 da lei de ação popular e no artigo 15 da lei de ação civil pública.

O princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito da ação coletiva sustenta que o juiz, diante do interesse público primário da ação coletiva, deve flexibilizar a análise dos requisitos de admissibilidade da ação, com o escopo de evitar ao máximo possível a extinção do processo sem julgamento do mérito. Assim, o magistrado, observando a ilegitimidade ativa do autor da ação coletiva, deve convidar um outro legitimado ativo para assumi-la, e não extinguir o processo sem o julgamento do mérito. Ou, ainda, quando o juiz averiguar que a ação civil de improbidade administrativa está prescrita no tocante às sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, deverá receber a ação como civil pública para reparação do dano.

⁶⁷⁶ Este princípio não tem exceções. Existe apenas uma regra especial quanto aos direitos e interesses individuais homogêneos (art. 100, Código de Defesa do Consumidor): para que os legitimados possam executar a sentença há o prazo de 1 ano.

O princípio da prioridade na tramitação do processo coletivo é implícito. Justifica-se em virtude do número de pessoas que podem ser beneficiadas pela sentença coletiva. É entendimento comum que o juiz deve preferir julgar a ação coletiva em detrimento dos processos individuais. Cumpre ressaltar que essa prioridade implícita de tramitação das ações coletivas não se sobrepõe às regras de prioridade de tramitação previstas expressamente na legislação.

O princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva traz a regra geral de que a coisa julgada coletiva só beneficia, nunca prejudica, o indivíduo. Isso porque não foi o indivíduo que deu poderes para os legitimados ativos entrarem com a ação (quem deu poder foi a lei). Se eles perderem, o indivíduo não poderá ser prejudicado. Assim, na hipótese de o Ministério Público ajuizar uma ação civil pública e ela ser julgada improcedente, nada impede que o particular ingresse com a ação individual. Princípio expresso, com previsão no art. 103, §§ 3º e 4º, Código de Defesa do Consumidor.

O transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* (transporte no que for útil da coisa julgada coletiva segundo o resultado do processo). O interessado pode trazer para se beneficiar no que for útil a coisa julgada coletiva se o resultado do processo for favorável.

O princípio da máxima amplitude ou da atipicidade do processo coletivo, expresso no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, informa que as ações coletivas não são taxativas, de tal sorte que qualquer tipo de provimento jurisdicional pode ser transformado em um processo coletivo. Por exemplo, uma ação monitória coletiva⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ Ação monitória coletiva (um promotor fez um TAC, mas esqueceu de assinar, ou seja, não tem eficácia executiva. Logo depois, aquele promotor morreu. O novo promotor pode entrar com uma ação monitória para transformar aquele TAC em título executivo).

O princípio da máxima efetividade do processo coletivo determina que os poderes do juiz na condução e no julgamento do processo coletivo são mais amplos. Isso porque o interesse público neste processo é maior se comparado ao individual. Há três decorrências práticas da aplicação desse princípio: controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas, flexibilização procedimental e a comunicação ao legitimado para a propositura de ação coletiva. Nesse sentido, Lorenzo Mateo Bujosa Vadell entende que se a matéria apresentada em juízo transcende o interesse das partes há justificativa para o fortalecimento do juiz na atividade probatória e na condução do processo⁶⁷⁸.

A Constituição Federal de 1988 é abundante em promessas, notadamente em seu capítulo que aborda os direitos sociais. Há entendimento uniforme no âmbito da Suprema Corte de que essas promessas são vinculantes ao administrador público.

Isso significa que o administrador público não pode, por questões de conveniência ou oportunidade, decidir se implementa ou não a promessa constitucional: ela é vinculante. Por outro lado, o poder público pode se justificar por meio da teoria da reserva do possível. Pois enquanto as necessidades dos indivíduos são infinitas, os recursos são finitos. Por esse raciocínio, a administração não pode ser obrigada a implementar uma política pública se não há recursos financeiros para fazê-lo.

O Supremo Tribunal Federal sustenta que não é válido o argumento da teoria da reserva do possível para justificar o não cumprimento das promessas constitucionais, ainda que de fato não haja recursos suficientes. Isto porque não existe, em termos de direitos fundamentais, a opção de não os cumprir. Assim, ainda que não haja recursos, ao menos o núcleo mínimo existencial do direito fundamental deve ser assegurado.

No processo coletivo, ampliam-se os poderes do juiz na condução do processo: ele pode flexibilizar o processo, para que se torne mais aderente ao caso concreto. O procedimento pode ser alterado conforme as necessidades do processo.

A comunicação ao legitimado para a propositura de ação coletiva amplia o que foi expresso no artigo 7º da lei de ação civil pública – que diz que os juízes e

⁶⁷⁸ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La posición del Juez en los procesos colectivos, **La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía**, 2005, págs. 1341-1362

tribunais, quando tiverem conhecimento de fatos que podem dar ensejo a propositura de ação civil pública, remeterão as peças ao Ministério Público. O órgão jurisdicional remeterá as peças a qualquer legitimado.

O princípio da integratividade do microssistema processual coletivo está estritamente ligado à teoria do diálogo das fontes. No Brasil não há um Código de Processo Coletivo. Desse modo, o que temos são várias leis esparsas.

Os sistemas processuais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública foram interligados, estabelecendo-se, assim, um microssistema processual coletivo, sendo aplicáveis, reciprocamente, a um e outro. Da junção do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública e do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor ocorre o fenômeno da norma de reenvio. E pelo diálogo das fontes, há diversas leis se comunicando, tais como Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. Nesse microssistema processual coletivo, o Código de Processo Civil, criado para a tutela de direitos individuais, tem aplicação subsidiária⁶⁷⁹.

Em relação ao sujeito, no processo coletivo a regra é a ação coletiva ativa. A coletividade está no polo ativo da ação, ou seja, é a autora. Entretanto, há casos em que uma coletividade se encontra no polo passivo da ação coletiva, por exemplo, ação para impedir a greve da Polícia Federal. Nesse caso, a questão é saber quem irá representar a coletividade que se encontra no polo passivo da ação coletiva.

Na ação coletiva passiva derivada, quem representa a coletividade no polo passivo da demanda é o autor da ação originária. Por exemplo: A pessoa que foi condenada em uma ação coletiva entrou com uma ação rescisória. Já no caso da ação coletiva passiva originária, o juiz do caso concreto define quem é o representante da coletividade.

O princípio do controle da representação adequada ou princípio do controle judicial da legitimação processual coletiva determina que a representação processual das ações coletivas, no Brasil, será definida pela lei⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 93-94.

⁶⁸⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

Nos Estados Unidos da América, o sistema de representatividade é *ope judicis*. Neste, qualquer pessoa pode entrar com ação coletiva, mas o juiz tem o dever de verificar a adequada representação. O controle judicial será realizado no caso concreto. O magistrado verifica se a pessoa que ajuizou a ação representa adequadamente os interesses da coletividade, se tem condições financeiras para suportar os custos processuais e a especialização do advogado, que deve ser especialista na matéria em discussão.

Diferentemente dos Estados Unidos da América, no Brasil foi adotado o sistema de representatividade *ope legis*. O legislador define a representatividade adequada para as ações coletivas em lei (rol de legitimados é taxativo). Assim, somente as pessoas especificadas no artigo 5º da lei de ação civil pública⁶⁸¹ e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁸² são consideradas porta-vozes da coletividade (exceto os legitimados para a ação popular). Há, portanto, uma presunção legal (*ope legis*) de representatividade adequada dos representantes desse rol.

Não há consenso entre os juristas quanto à possibilidade da existência da ação coletiva passiva no microsistema de tutela coletiva nacional. Cândido Rangel Dinamarco⁶⁸³ e Hugo de Nigro Mazzilli⁶⁸⁴ entendem que não existe ação coletiva passiva no direito brasileiro por falta de previsão legal. Por outro lado, Ada Pellegrini

⁶⁸¹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 5º, *caput*: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁶⁸² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 82. “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

⁶⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 365.

⁶⁸⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 343.

Grinover⁶⁸⁵, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti jr.⁶⁸⁶ entendem que uma ação coletiva poderia ser ajuizada em face de um grupo de indivíduos, uma vez que não há norma proibitiva. O art. 5º, §2º da lei de ação civil pública possibilita ao poder público e outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsortes do polo ativo ou do polo passivo da ação. Assim, para esses autores, a ação pode ser proposta em defesa ou contra determinado grupo social. Nesse sentido aponta Luiz Henrique Sormani Barbugiani:

“ (...) a ação coletiva passiva enquanto gênero vincula-se à defesa de interesses e direitos da coletividade no polo passivo da ação, independentemente do procedimento processual a ser seguido, mas não podemos nos olvidar que a causa de pedir e o pedido formulado pelo autor é o que define o procedimento a ser seguido e se a discussão da pretensão envolve direitos individuais do autor ou coletivos e difusos de uma coletividade”⁶⁸⁷.

Os tribunais superiores entendem que, em regra, nos processos coletivos, há legitimidade extraordinária (substituição processual). Isso porque, os legitimados defendem em juízo, em nome próprio, direito alheio (de toda coletividade).

A legitimação extraordinária nos processos coletivos possui como características: é plúrima, pois possui mais de um legitimado previsto em lei e, ao mesmo tempo, exclusiva, dado que somente os previstos no ordenamento jurídico são legitimados para propor tal ação; órgãos estatais e privados são legitimados; não depende da autorização dos titulares do direito material, sendo considerada autônoma; qualquer co-legitimado pode propor a ação ou ingressar como assistente em litisconsórcio ativo (legitimação concorrente); a legitimação é disjuntiva ou simples, uma vez que os mesmos co-legitimados poderão figurar sozinhos na demanda, não sendo necessário o ajuizamento conjunto.

⁶⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 850-851. *“Em primeiro lugar, dispositivo específico da Lei de Ação Civil Pública prevê expressamente a possibilidade de a classe atuar em juízo no pólo passivo. [...] É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela [...] Por essas razões, parece incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas permite, de lege data, que a classe figure no pólo passivo da ação”*.

⁶⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1, p. 400.

⁶⁸⁷ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Ações Coletivas passivas: reflexões sobre sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2016. p.555.

O objeto do processo coletivo são os direitos ou interesses⁶⁸⁸ meta, supra ou transindividuais⁶⁸⁹. André Ramos Tavares⁶⁹⁰ ensina que “*Os direitos de terceira dimensão denominam-se direitos ou interesses metaindividuais.*”

Os direitos de terceira dimensão são ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os 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. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

São considerados naturalmente coletivos⁶⁹¹ os interesses e direitos difusos e os coletivos em sentido estrito (indivisibilidade e publicidade do objeto). E são tidos como acidentalmente coletivos⁶⁹² os interesses e direitos individuais homogêneos (divisibilidade e natureza particular do objeto). Os direitos coletivos em sentido amplo estão legalmente definidos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁹³.

⁶⁸⁸ As ações coletivas têm por objeto a tutela de direitos ou interesses. Portanto, eu posso tutelar ambos. A diferença entre direito e interesse é o momento em que ele é protegido pela norma jurídica. Se a minha pretensão ainda não é protegida pela norma jurídica, ela é interesse. Se a minha pretensão já é protegida pela norma jurídica, é um direito. Ressalta-se que essa discussão é inútil no processo coletivo, pois a ação coletiva tutela ambos (direitos e interesses).

⁶⁸⁹ Direitos meta, supra ou transindividuais são expressões sinônimas. Significa que são interesses que transcendem, que extrapolam os limites do indivíduo. Cumpre lembrar que vários autores sustentam que os individuais homogêneos não são transindividuais, pois eles não extrapolam os limites do indivíduo, são individuais.

⁶⁹⁰ TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.892.

⁶⁹¹ Quando o interesse é naturalmente coletivo, o bem tutelado na ação não pode ser apropriado particularmente, tampouco pode ser partido, de modo que ou todos são vencedores, ou todos são perdedores. A indivisibilidade é um traço característico. Exemplos: O meio ambiente é naturalmente coletivo. Ou todos têm esse direito reparado, ou ninguém tem; Moralidade administrativa. Se o administrador desviou dinheiro, ou ele repara o dano para todos, ou não repara para ninguém.

⁶⁹² O interesse acidentalmente coletivo é aquele em que é possível a apropriação do bem por uma única pessoa. É possível que uma parte do grupo ganhe e uma parte perca. Exemplo: Mil pessoas são vítimas de um acidente de consumo, mas só uma entrou com ação.

⁶⁹³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 81. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Não há como se negar a existência de zonas cinzentas entre essas catalogações. Na prática, o mesmo fato pode dar ensejo à proteção de mais de um desses direitos/interesses, inclusive na mesma ação. Portanto, o que vai definir se o direito é difuso, coletivo ou individual é a afirmação feita na petição inicial.

Todo processo tem partes, pedido e causa de pedir. No processo individual, é possível haver identidade total entre os elementos da ação e, se as duas ações estiverem caminhando no judiciário ao mesmo tempo, tem-se a litispendência. Por outro lado, se é proposta uma segunda demanda com a mesma parte, pedido e causa de pedir de outra cuja decisão já transitou em julgado, tem-se a coisa julgada. O efeito, tanto na hipótese de litispendência quanto da coisa julgada é a extinção de uma das ações sem julgamento do mérito.

É possível existir identidade parcial entre diferentes ações por continência ou conexão. A continência ocorre quando há identidade de parte e de causa pedir (o pedido de uma ação engloba todos os pedidos da outra e mais alguns). Entre ação individual e coletiva nunca haverá continência porque as partes formais são distintas. A conexão, por sua vez, ocorre quando há identidade de pedido ou de causa de pedir. Entre ação individual e coletiva nunca haverá conexão pela identidade de pedido, uma vez que o pedido da coletiva sempre é para tutela do direito metaindividual e é genérico (CDC, art. 95), enquanto o da ação individual é particularizado. Mas é possível existir conexão pela causa de pedir, pois os fundamentos dos pedidos formulados em ambas as ações podem ser os mesmos. O efeito da conexão entre ação coletiva e individual, contudo, não é a reunião delas para julgamento conjunto, mas sim suspensão (voluntária ou judicial) da ação individual enquanto se aguarda o julgamento da coletiva. Portanto, na relação entre demandas individuais e coletivas somente pode haver conexão pela causa de pedir.

A relação entre ações coletivas que tutelam direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos será analisada pela perspectiva da identidade total e parcial de elementos da ação.

Na hipótese de identidade total de elementos de duas ou mais ações coletivas, existe a possibilidade de ocorrência da coisa julgada e da litispendência.

Em tese, é possível a ocorrência de coisa julgada quando as partes formais, o pedido e a causa de pedir de uma segunda ação coletiva forem idênticos às partes formais, ao pedido e à causa de pedir de uma ação anteriormente julgada pelo mérito. Há de se acautelar, entretanto, quanto ao fundamento do julgamento da primeira ação,

uma vez que se o pedido da primitiva ação coletiva foi desacolhido por falta de provas, não há coisa julgada (*secundum eventum probationis*), sendo possível a nova propositura.

Por conseguinte, se é possível a ocorrência da coisa julgada, também é possível, em tese, a ocorrência de litispendência. Entretanto, a doutrina tem apontado duas soluções para a ocorrência desse fenômeno: i) se as partes formais forem exatamente as mesmas, uma ou mais das ações serão extintas sem resolução do mérito; ii) se as partes formais forem distintas, o caso não será de extinção, mas de reunião destas ações para julgamento conjunto ou de suspensão de algumas delas para aguardar a decisão de outra, da mesma forma que ocorre na conexão/continência entre ações individuais.

Diferente dos apontamentos anteriores realizados a respeito da conexão e continência entre a ação individual e a coletiva é a análise da conexão e continência entre duas demandas coletivas. Se houver identidade parcial de elementos entre duas ou mais demandas coletivas, é possível a ocorrência de conexão e continência entre elas, pois poderá haver identidade de pedidos, de causa de pedir ou até mesmo o pedido de uma demanda ser maior que o de uma outra ação. Os efeitos da conexão e da continência são a reunião para julgamento conjunto ou, não sendo isso possível, a suspensão de parte das ações para aguardar o julgamento de outra.

O critério para definição do juízo prevento para o julgamento das ações coletivas relacionadas é a propositura da ação coletiva. Assim, é prevento o juízo onde houve a primeira propositura (arts. 2º e 5º da lei 7.347/85). E, de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Civil⁶⁹⁴, é considerada proposta a demanda quando a petição inicial for protocolada. Portanto, o critério definidor da prevenção é o critério da propositura: o juízo em que houve o primeiro protocolo da petição inicial ficará competente para julgar.

Há prevalência da justiça federal quando houver continência ou conexão entre ações coletivas (súmula 489 do STJ)⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022. Art. 312. “*Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.*”

⁶⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SÚMULA 489**. Corte Especial, julgado em 28/06/2012, publicada no DJe em 01/08/2012. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=S%C3%BAmula+489+do+STJ>. Acesso em 07 mar. 2022.

A sentença coletiva pode impor obrigação de fazer/não fazer (art. 84 da lei 8.078/90 e art. 536 do CPC), obrigação de entrega de coisa (art. 498 do CPC) e obrigação de pagar. As obrigações de fazer/não fazer e de entrega de coisa certa seguem o mesmo regime jurídico nas ações individuais e nas demandas coletivas. Entretanto, quanto à obrigação de pagar, o regime jurídico do processo coletivo é diferente do processo individual.

A sentença coletiva de direitos difusos e coletivos que determina obrigação de pagar possui a sua liquidação e a sua execução calcada em dois modelos.

O primeiro deles trata da liquidação/execução da pretensão coletiva, sendo considerado como a verdadeira execução da sentença coletiva. A legitimidade pertence ao autor da ação coletiva e, subsidiariamente, aos colegitimados do art. 15, lei 7.347/85⁶⁹⁶.

Caso a ação coletiva seja para a tutela do patrimônio público, então, terá como destinatário dos recursos financeiros a pessoa jurídica titular do patrimônio público lesado (art. 18, Lei 8.429/92)⁶⁹⁷. Nos demais casos, os valores pagos a título de indenização serão revertidos a um fundo (fundo de reparação de bens lesados)

“Reconhecida a continência, devem ser reunidas na justiça federal, as ações civis públicas propostas nesta e na justiça estadual.”

⁶⁹⁶ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. “Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990).”

⁶⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em 07 mar. 2022. “Art. 18. A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 desta Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito. § 1º Se houver necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada procederá a essa determinação e ao ulterior procedimento para cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens. § 2º Caso a pessoa jurídica prejudicada não adote as providências a que se refere o § 1º deste artigo no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação, caberá ao Ministério Público proceder à respectiva liquidação do dano e ao cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão verificada. § 3º Para fins de apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados. § 4º O juiz poderá autorizar o parcelamento, em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais corrigidas monetariamente, do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)”

previsto no art. 13, lei 7.347/85⁶⁹⁸, que é regulamentado pela Lei 9.008/95⁶⁹⁹. A competência para julgar o feito é do próprio juiz da fase de conhecimento (art. 516, lei 13.105/2015)⁷⁰⁰.

O segundo modelo aborda a liquidação/execução da pretensão individual decorrente. Trata-se de uma decorrência do transporte *in utilibus* da coisa julgada, pois a parte pode se utilizar daquilo que foi decidido em qualquer sentença de ação coletiva e transportar para o processo individual dela. Os legitimados são as vítimas ou seus sucessores e eles devem provar o que é devido (*an debeatur*)⁷⁰¹ e o quanto é devido (*quantum debeatur*). Além disso, é preciso demonstrar o nexo causal entre o prejuízo que o interessado sofreu e o evento decidido na ação coletiva. A liquidação/execução da pretensão individual deve ser ajuizada no juízo da condenação (art. 98, § 2º, I, lei 8.078/90) ou do domicílio da vítima ou sucessor (art. 101, I, lei 8.078/90). Os destinatários dos valores fixados na liquidação são as vítimas ou os seus sucessores.

⁶⁹⁸ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. § 2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o **caput** e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”

⁶⁹⁹ BRASIL. Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁷⁰⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022. Art. 516. “O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I - os tribunais, nas causas de sua competência originária; II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.”

⁷⁰¹ Esta liquidação, conhecida como imprópria, ou simplesmente como habilitação é preciso demonstrar o que é devido (*an debeatur*) e o quanto é devido (*quantum debeatur*). Na liquidação típica do Código de Processo Civil é preciso apenas demonstrar o quanto é devido (*quantum debeatur*).

A sentença coletiva de direitos individuais homogêneos que determina obrigação de pagar possui a sua liquidação e execução calcada em três modelos.

O primeiro é a liquidação/execução da pretensão individual correspondente. O objeto da ação coletiva corresponde exatamente ao dano individual que foi trabalhado na sentença. Os legitimados são as vítimas ou sucessores e procuram realizar a prévia liquidação imprópria dos danos. Trata-se de uma execução autônoma de competência do próprio juízo da condenação (art. 98, § 2º, I, lei 8.078/90) ou do domicílio da vítima ou sucessor (art. 101, I, lei 8.078/90).

O segundo é a liquidação/execução da pretensão coletiva correspondente. A regra é que depois de proferida a sentença coletiva, cada uma das vítimas faz uma liquidação da pretensão individual, para que depois faça a execução. Entretanto, existe a possibilidade de todos se unirem e pedirem para um dos legitimados coletivos fazer uma liquidação só para todos (art.98, lei 8.078/90) ⁷⁰².

Os legitimados são os apresentados no art. 82 da lei 8.078/90, ou seja, Ministério Público, Defensoria Pública, associações, Administração Pública Direta e Indireta. Cumpre observar que a natureza jurídica dessa legitimidade é de representação processual e não legitimidade extraordinária, dado que eles agem em nome alheio, na defesa de direito alheio.

Os destinatários da indenização resultante da execução da pretensão coletiva correspondente são as vítimas ou seus sucessores. O juízo competente para julgar a execução é o da condenação (art. 98, § 2º, II, lei 8.078/90).

Inspirado no modelo norte americano, o terceiro modelo é voltado para liquidação e execução da pretensão coletiva residual (*fluid recovery*)⁷⁰³. Se, no caso

⁷⁰² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. § 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado. § 2º É competente para a execução o juízo: I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.”

⁷⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp Nº 1.599.142-SP**. Órgão Julgador: terceira turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento 25 de setembro de 2018. Publicação DJe 01/10/2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/632913055/recurso-especial-resp-1599142-sp-2016-0119731-6/relatorio-e-voto-632913078>. Acesso em 07 mar. 2022. Ementa: “(...) A recuperação fluida (*fluid recovery*), prevista no citado art. 100 do CDC, constitui específica e acidental hipótese de execução coletiva de danos causados a interesses individuais homogêneos, instrumentalizada pela atribuição de legitimidade subsidiária aos substitutos processuais do art. 82 do CDC para perseguirem a indenização de prejuízos causados individualmente aos substituídos, com o objetivo de preservar a vontade da Lei e impedir o

de uma condenação genérica de obrigação de pagar nos termos do art. 95 do CDC e um ano após a formação do título executivo, o número de liquidantes individuais não for compatível com a gravidade do dano causado, isso gera um saldo benéfico ao causador do dano que foi condenado judicialmente a reparação superior àquela paga aos liquidantes individuais. Subsidiariamente e residualmente às liquidações individuais, haverá uma liquidação coletiva desse saldo (*fluid recovery*) pelos legitimados para as ações coletivas, quais sejam, Ministério Público, Defensoria Pública, associações, Administração Pública Direta e Indireta (art.100, lei 8.078/90)⁷⁰⁴.

Essa execução ocorrerá nos próprios autos da ação em que houve condenação (art. 98, § 2º, II, CDC). O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor estabelece dois critérios para a estimativa do valor residual devido: o número de pessoas não habilitadas (estimativa) e a gravidade do dano.

De acordo com o previsto no parágrafo único do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, os valores pagos a título de indenização irão para o Fundo de reconstituição dos bens lesados previsto no art.13 da lei 7.347/85⁷⁰⁵.

Na hipótese de ocorrer, em relação a um mesmo evento danoso, concurso de créditos entre condenação prevista na lei de ação civil pública e de indenizações pelos prejuízos individuais, estas últimas são pagas primeiro e, se sobrare recursos financeiros, os valores residuais serão destinados ao fundo. Enquanto não transitar em julgado a decisão de indenização dos danos individuais, não será direcionado pagamento ao fundo, exceto se o patrimônio do devedor for manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas (art.99, lei 8.078/90)⁷⁰⁶.

enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores (...)."

⁷⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. "Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985."

⁷⁰⁵ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. "Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (...)."

⁷⁰⁶ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 99. "Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. Parágrafo único.

Ocorre imprescritibilidade das ações coletivas nas situações que envolvem reparação do patrimônio público e dano ao meio ambiente. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal, no Tema 897⁷⁰⁷ de repercussão geral, decidiu, em 08/08/2018, que "são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa". Na segunda hipótese, a Corte Suprema, no Tema 999⁷⁰⁸ de repercussão geral, entendeu, em 25/06/2018, que a pretensão de reparação civil de dano ambiental é imprescritível.

Não existe um prazo prescricional único que abranja todos os tipos de ações coletivas. Para ação de improbidade administrativa foi estabelecido o prazo prescricional de oito anos contados da ocorrência do fato ou, se infração permanente, do dia em que ela cessar (art. 23, § 5º lei 8.429/91 alterado pela lei 14.230/2021). Já para ação popular, o prazo prescricional é de cinco anos (art.21, lei 4.717/65).

Diferente das leis das demais ações coletivas, a lei de ação civil pública não estabeleceu prazo prescricional para ajuizamento dessa ação. O Superior Tribunal de Justiça adota duas posições sobre o tema: i) pelo microssistema da tutela coletiva, aplica-se analogicamente, o prazo prescricional de 5 anos fixado no artigo 21 da lei da ação popular⁷⁰⁹; ii) o prazo prescricional para a ação civil pública varia conforme o direito material⁷¹⁰.

Quando se trata de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, se, após o trânsito em julgado da sentença coletiva, em cinco anos o indivíduo não

Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas." Endereço eletrônico: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 07.03.2022.

⁷⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 999 Repercussão Geral**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4130104&numeroProcesso=654833&classeProcesso=RE&numeroTema=999>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁷⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 897 Repercussão Geral**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁷⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.070.896-SC**. Órgão julgador: segunda turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. J. 14/04/2010. Dje. 04/08/2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135653/recurso-especial-resp-1070896-sc-2008-0115825-6/inteiro-teor-19135654>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁷¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 995995/DF**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/08/2010, DJe 16/11/2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133788/recurso-especial-resp-995995-df-2007-0241447-0/inteiro-teor-19133789>. Acesso em 07 mar. 2022.

faz a liquidação/execução da pretensão individual, haverá prescrição (exceto para ação de improbidade administrativa, em que a prescrição ocorre em 8 anos). Isto porque é aplicável a súmula 150 do Supremo Tribunal Federal: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação” ⁷¹¹.

4.3.4.1 A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

O instituto jurídico da coisa julgada já se fazia presente na Roma Antiga⁷¹². O direito romano considerava a segurança jurídica como fundamental para se alcançar a paz social. Após os recursos e o juízo rescindendo, a decisão judicial se reveste de especial autoridade que a torna imutável para as partes processuais⁷¹³.

Enrico Tulio Liebmann⁷¹⁴ ensina que: *“A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade [dos efeitos], e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica.”*

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira⁷¹⁵:

⁷¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 150**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2127>. Acesso em 07 mar. 2022.

⁷¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. I, p. 182. *“Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur (fr. 6, Dig. De except. Rei iud. 44,2).”*

⁷¹³ ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 189. *“A opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano consiste em, primeiro, submeter a sentença a reexame perante órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fora ela pronunciada.”*

⁷¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença: e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**. 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 19-20.

⁷¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. RT 416/9. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758635/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira.pdf. Acesso em 07 mar. 2022.

A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que - esta, sim - se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão 'auctoritas rei iudicatae', e não 'res iudicata', portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI⁷¹⁶, assegurou a coisa julgada como um direito fundamental. A lei de introdução às normas do direito brasileiro em seu artigo 6º, §3º, assim define: "*chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*"⁷¹⁷.

Para se estabelecer os limites da coisa julgada⁷¹⁸ no processo, é preciso saber: i) o que se submete aos seus efeitos (limites objetivos); ii) quem se submete a ela (limites subjetivos); iii) qual procedimento para ela se formar.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 502, apresenta a seguinte definição: "*denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*". Ao disciplinar a coisa julgada para os processos individuais, estabelece limites objetivos (só recai sobre o dispositivo da sentença, art. 503, lei 13.105/2015), limites subjetivos (produz efeitos entre as partes do processo, art. 506 lei 13.105/2015) e a coisa julgada se forma independentemente do resultado do processo⁷¹⁹.

No processo coletivo, a coisa julgada só recai sobre a parte dispositiva do julgado. Entretanto, os limites subjetivos são ampliados, sendo *erga omnes*⁷²⁰ ou ultra

⁷¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022. " Art.5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

⁷¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

⁷¹⁸ Para Enrico Tulio Liebman a coisa julgada não é um efeito da sentença (estes são declaratórios, condenatórios ou constitutivos). A coisa julgada é considerada uma qualidade dos efeitos da sentença.

⁷¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷²⁰ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 16. "A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator,

partes⁷²¹. O modo de produção é, em regra, *secundum eventum probationis*⁷²², com transporte *in utilibus*⁷²³ (*secundum eventum litis*)⁷²⁴.

A coisa julgada no âmbito dos direitos difusos e coletivos possui eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, respectivamente, tanto na hipótese de a sentença ser julgada procedente quanto improcedente (na improcedência por falta de provas pode-se propor nova ação coletiva). Nos direitos individuais homogêneos, a sentença procedente ou improcedente possui eficácia *erga omnes* (mesmo no caso da improcedência por falta de provas não é possível propor nova ação coletiva⁷²⁵, não há coisa julgada *secundum eventum probationis* nas coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos).

Cumprе lembrar que para ações que tutelam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é possível a proposição de uma ação individual (transporte *in utilibus* da coisa julgada). A transposição da coisa julgada da ação coletiva para individual se dará *secundum eventum litis* (somente atinge os particulares caso sejam beneficiados). Se os lesados individuais forem assistentes litisconsorciais do autor no processo coletivo, a coisa julgada coletiva prejudicará o particular (art.94, lei 8.078/1990)⁷²⁶.

exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."

⁷²¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 103. "Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 (...)"

⁷²² *Secundum eventum probationis* – coisa julgada segundo resultado da prova, nas ações que tutelam direitos difusos e coletivos, a improcedência por falta de provas não impede o ajuizamento de outra ação coletiva, desde que fundada em novas provas.

⁷²³ Transporte *in utilibus* – transporte da coisa julgada do processo coletivo para o individual, naquilo que ela for útil para parte.

⁷²⁴ *Secundum eventum litis* - em todos os interesses coletivos, a coisa julgada só será transportada para o processo individual se beneficiar o particular.

⁷²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.442.924/DF**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Severino. Publicação DJ 28/08/2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495553470/recurso-especial-resp-1442924-pr-2014-0060559-0>. Acesso em 06 mai. 2022.

⁷²⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 94.

Para que haja o transporte da coisa julgada no processo coletivo para aquele que já tem demanda individual em curso é necessário, em 30 dias do aviso nos autos da ação individual a respeito da ação coletiva em curso, que se suspenda a ação individual (art.104, lei 8.078/1990)⁷²⁷. A suspensão do processo individual, de acordo com o artigo 104 do CDC, é uma faculdade da parte. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo⁷²⁸, determinou: *“ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários [ações repetitivas], suspendem-se OBRIGATORIAMENTE as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva, o que não impede, entretanto, o ajuizamento da ação individual”*.

Diante disso, existem dois tipos de suspensão das ações individuais de objeto recorrente: i) suspensão voluntária (art. 104, CDC), em que a própria parte requer a suspensão da ação individual para aguardar o julgamento da coletiva; ii) suspensão judicial (STJ) – de ofício.

Julgada improcedente a coletiva, as ações individuais de objeto correspondente ou decorrente que estavam suspensas (voluntária ou judicialmente), voltam a correr. Se a coletiva for procedente, as individuais decorrentes ou correspondentes suspensas serão convertidas em liquidação/execução dos danos individualmente experimentados.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover⁷²⁹, o particular não pode se beneficiar com a coisa julgada coletiva superveniente. Isso porque a coisa julgada formada no processo individual é específica e prevalece sobre a coisa julgada

“Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

⁷²⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 104. “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

⁷²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo: REsp 1.110.549/RS**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Publicação DJ 14/12/2009. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6116413/recurso-especial-resp-1110549-rs-2009-0007009-2/inteiro-teor-12257639>. Acesso em 06 mai. 2022.

⁷²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 856.

genérica formada no processo coletivo. Por outro lado, Hugo Nigro Mazzilli⁷³⁰ entende que o titular da ação individual pode se beneficiar devido à aplicação do princípio da igualdade e porque não existiu a possibilidade do indivíduo desistir da ação individual, já que a ação coletiva foi proposta após o trânsito em julgado da ação individual.

Em relação à extensão da coisa julgada coletiva, a doutrina unânime afirma que o artigo 16 da lei de ação civil pública⁷³¹ e o artigo 2º-A da lei 9494/97⁷³² são inconstitucionais. Hugo Nigro Mazzilli⁷³³ e Fredie Didier Jr. e Hermes Zanneti Jr.⁷³⁴ entendem que são normas materialmente inconstitucionais pelo fato de terem misturado os institutos da competência com o da coisa julgada.

As Cortes Superiores uniformizaram o entendimento de que o artigo 16 da lei de ação civil pública⁷³⁵ e o artigo 2º-A da lei 9494/97 são inconstitucionais. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial repetitivo⁷³⁶, decidiu que sentenças e acórdãos proferidos no âmbito das ações coletivas são válidos para todo o território

⁷³⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 378.

⁷³¹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022. Art. 16. “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

⁷³² BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em 06 mar. 2022. Art. 2º-A. *A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).*

⁷³³ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 389.

⁷³⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1, p.410.

⁷³⁵ BRASIL. LEI 7.347 de 24 de julho de 1985. Art. 16. “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

⁷³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo: REsp 1.247.150/PR**. Corte Especial. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 19/10/2011. Publicação DJ 12/12/2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21027978/recurso-especial-resp-1247150>. Acesso em 06 mai. 2022.

nacional. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 1101937, fixou que: é inconstitucional o artigo de 16 da lei 7.347/85 (alterado pela lei 9.494/97); no caso de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais a competência é descrita no art.93, II, da lei 8.078/90; ajuizadas diversas ações civis públicas de âmbito regional ou nacional é prevento, portanto, competente para julgá-las o juízo que conheceu primeiro de uma delas.

Nos processos coletivos, a ação rescisória⁷³⁷ tem como autor aquele que foi representado na ação coletiva e é cabível no prazo de dois anos contados dos trânsitos em julgado da decisão.

⁷³⁷ Ação rescisória é um meio processual de se questionar a decisão judicial de mérito dotada de coisa julgada material, na qual se postula a desconstituição da coisa julgada e pede um novo julgamento. NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

5 OS MECANISMOS PROCESSUAIS DE DEFESA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA ESPANHA

5.1 INTRODUÇÃO

A Constituição espanhola de 1978 (CE/1978)⁷³⁸ reconheceu o sistema de proteção internacional de direitos humanos como parte do conjunto de normas aplicáveis aos direitos fundamentais em seu país (art.10.2 CE/1978). Com isso, a população da Espanha passa a contar com a proteção das normas produzidas por tratados e acordos internacionais ratificados pelo país e se inicia um ciclo contínuo de adaptações do ordenamento jurídico espanhol a essas normas e acordos.

O recorte conceitual para constituir o objeto de estudo desta tese se dá no âmbito das possíveis atuações do indivíduo ou grupo de pessoas para assegurar o exercício do direito de liberdade religiosa perante o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional.

A partir da análise dos julgados sobre a violação ao direito de liberdade religiosa verificou-se que tem sido mais usado o recurso de amparo constitucional, muito provavelmente por sua ampla legitimação ativa. Constatou-se ainda que as ações de controle de constitucionalidade para tutela do direito de liberdade religiosa perante a Suprema Corte Espanhola não constituem a principal via para a tutela de tal direito.

Por isso, optou-se por apresentar o caminho processual a ser percorrido pelo indivíduo para que sua demanda em defesa de seu direito de liberdade religiosa seja analisada, via recurso de amparo constitucional, pelo Tribunal Constitucional.

No âmbito administrativo não foi abordado o processo eleitoral, pois, esse não tem relação direta com o direito fundamental de liberdade religiosa. Assim, nessa seara, optou-se pela apresentação do procedimento especial de amparo ordinário administrativo e o procedimento especial de amparo administrativo de tutela do direito

⁷³⁸ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

de reunião, que podem ter implicações diretas na efetivação do direito fundamental de liberdade religiosa.

Esta tese não possui a pretensão de esgotar as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre os meios processuais para efetivação do direito fundamental à direitos fundamentais na Espanha e sim apresentar os meios jurisdicionais de defesa desses direitos e o entendimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Espanhol sobre o tema.

5.2 TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito espanhol optou por adotar o sistema misto de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, ou seja, o ordinário e o constitucional. Assim, para obter a tutela do direito fundamental violado a parte deve recorrer, primeiramente, à instância ordinária (juiz e tribunal). Nesta instância deve exaurir os meios de impugnação (art. 44.1 LOTC⁷³⁹). Esgotadas todas as instâncias ordinárias e não atendida a pretensão de cessação da violação ao seu direito fundamental, abre-se à parte a possibilidade de interpor recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional. Dessa forma, a tutela dos direitos fundamentais e liberdades públicas por esse Tribunal é sempre subsidiária.

A partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional foi possível averiguar que a necessidade de esgotar primeiramente a instância ordinária, para só depois haver o acesso ao TC apresenta aspectos positivos e negativos. A instância ordinária funciona como um filtro que evita a sobrecarga de processos no TC, notadamente aqueles casos semelhantes, em que já há jurisprudência consolidada pelo TC. Por outro lado, tem-se o aspecto negativo, dos processos com casos inéditos demorarem para ser analisados pelo TC, em razão da necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias. Uma sugestão para solução desse problema é que, no primeiro contato da parte com o juízo ordinário requerendo a tutela do direito de liberdade religiosa, seja averiguada a existência de jurisprudência consolidada do TC

⁷³⁹ ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. BOE núm. 239, de 05/10/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

sobre aquela situação e, caso não exista, permitir que o processo suba para ser analisado pelo TC.

No âmbito do ordenamento jurídico espanhol a palavra final é dada pelo Tribunal Constitucional. Entretanto, quando a parte considerar que não teve o pedido de restabelecimento do seu direito fundamental atendido pelo Tribunal Constitucional, poderá recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos.

O art. 53.2 da CE/1978 determinou que a prestação jurisdicional para efetivação dos direitos fundamentais será preferencial e sumária. Em decorrência dessa previsão constitucional, foi editada a lei 62/1978, de 26 de dezembro (lei de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais da pessoa)⁷⁴⁰, posteriormente complementada pelo Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de fevereiro de 1979⁷⁴¹, e pela segunda disposição transitória da lei orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional. A lei 62/1978 previu três meios especiais de tutela dos direitos fundamentais: penal, civil e administrativa. As três formas especiais de proteção aos direitos fundamentais tiveram redução dos prazos, supressão de procedimentos e simplificação de requisitos formais processuais. Entretanto, devido às sucessivas reformas das leis processuais espanholas, a lei 62/1978 foi superada.

O legislador infraconstitucional não estabeleceu o procedimento preferencial e sumário para a seara trabalhista. A lei do procedimento laboral foi aprovada pelo Real Decreto 521/1990, de 27 de abril de 1990, e estabeleceu esse procedimento preferencial e sumário nos artigos 133 e ss.⁷⁴²

Na seara administrativa, a Lei 62/1978 foi substituída pelos procedimentos regulados na Lei 29/1998 (arts. 114-122)⁷⁴³. Diante de violação dos direitos fundamentais e liberdades públicas por uma autoridade pública, utiliza-se a proteção ordinária do contencioso administrativo (LJCA).

⁷⁴⁰ ESPANHA. **Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona**. BOE núm. 3, de 03/01/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/26/62/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴¹ ESPANHA. **Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, legislativo sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-5950>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴² ESPANHA. **Real Decreto 521/1990, de 27 de abril por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-9943>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴³ ESPANHA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>. Acesso em 01 mar. 2022.

Já na seara criminal, a Lei 38/2002⁷⁴⁴ revogou expressamente os arts.1º ao 5º da lei 62/1978 e inovou com o procedimento sumário para tutela dos tipos penais que possam afetar os direitos fundamentais.

Em relação à garantia civil, a lei 62/1978, foi revogada e substituída pelo art.249.1.2º da Lei de processo civil da Espanha (Lei 1/2000, de 7 de janeiro, doravante representada pela sigla LEC⁷⁴⁵). Assim, o processo civil de proteção aos direitos fundamentais, regido pelo art. 249.1.2º Lei 1/2000, aplica-se ao amparo civil ordinário, ao processo civil de proteção especial do direito à honra, à privacidade e à imagem própria e ao processo civil de proteção sumária do direito de retificação.

A proteção do art.53.2 CE/1978 estende-se à esfera trabalhista e à militar. Na trabalhista, a lei 36/2011, de 10 de outubro de 2011⁷⁴⁶, em seu artigo 177, atende a esse mandamento constitucional, enquanto na seara militar, a Lei orgânica 2/1989⁷⁴⁷, especificamente artigos 453 e 518.

Existem ainda outros meios de tutela dos direitos fundamentais e liberdades públicas, como, por exemplo, formas de garantia processual no âmbito da jurisdição ordinária como o recurso ao incidente de anulação de ações (parte final da LO 6/2007⁷⁴⁸).

As garantias processuais do art. 53.2 CE/1978 aos direitos fundamentais e liberdades públicas são atendidas, atualmente, pelo processo especial de proteção civil que é comum a tais direitos e liberdades de acordo com o art. 249.1.2º da LEC. O procedimento é concretizado conforme as regras comuns do julgamento ordinário, mas com processamento preferencial⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ ESPANHA. **Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-20823>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴⁵ ESPANHA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.** BOE núm. 7, de 08/01/2000. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴⁶ ESPANHA. **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴⁷ ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1989-8712>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁴⁸ ESPANHA. **Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483>. Acesso em 01 mar. 2022.

5.3 TUTELA PROCESSUAL CIVIL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.3.1 ASPECTOS GERAIS

O art. 53 da CE/1978 determina três níveis de proteção dos direitos humanos. O primeiro nível (proteção mais branda) corresponde às garantias aplicáveis aos princípios diretores da política social e econômica (Capítulo III, Título I, CE/1978). Essas normas são protegidas pela rigidez constitucional e pela possibilidade de se questionar a constitucionalidade de normas infraconstitucionais que infrinjam a CE/1978. No segundo nível encontram-se os direitos e deveres dos cidadãos (seção n.2º do capítulo II, do Título I, CE/1978). A Constituição/1978 determina que a lei deve regular o exercício e os limites dos direitos e deveres dos cidadãos e tal norma deve respeitar o conteúdo essencial constitucional do direito. No caso, o Tribunal Constitucional esclareceu que basta uma lei simples para regular tal matéria e, ainda, admitiu que um decreto-lei regulasse a matéria se preenchido o requisito de uma extraordinária e urgente necessidade, desde que não abordasse os direitos fundamentais. Essa regulação infraconstitucional sujeita-se ao controle de constitucionalidade, o qual irá averiguar se a norma respeitou o conteúdo essencial do direito constitucionalmente assegurado⁷⁵⁰.

Por fim, o terceiro nível⁷⁵¹, em que são concedidas as maiores garantias constitucionais, reservados aos direitos fundamentais e às liberdades públicas, entre

⁷⁴⁹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.647.

⁷⁵⁰ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p, p.596.

⁷⁵¹ Em relação à objeção de consciência, reconhecida no art.30 CE, cabe recurso de amparo para o Tribunal Constitucional por expressa disposição do art. 53.2 CE/1978. Atualmente, como já comentado nessa tese o recurso de amparo para tutela do direito de objeção de consciência perdeu o objeto, porque, o serviço militar não é mais obrigatório na Espanha, por disposição do Ministério da Defesa, que optou por reservar a prestação profissionalizada dos serviços militares. A disposição não é permanente, pois, deixou a ressalva que se for necessário a prestação de serviço por civis, notadamente, em caso de conflitos armados, esses podem ser exigidos.

eles o direito de liberdade religiosa (seção 1º do capítulo II do Título I da CE/1978). Esses direitos e liberdades possuem apreciação sumária e preferencial pelos juízes e tribunais e o recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional. Entretanto, o Tribunal Constitucional, por meio da sua jurisprudência, tem alterado o disposto sobre os três níveis de garantias para ampliar a proteção a alguns dispositivos constitucionais, estendendo a eles as mesmas proteções dada aos direitos fundamentais e liberdades públicas⁷⁵².

Cumprindo ainda destacar que o direito de não se declarar ideologia, religião ou crenças (art. 16.2 CE/1978) está incluso no âmbito interno de proteção ao direito de liberdade religiosa (terceiro nível de proteção). Isso porque direito de liberdade religiosa é dotado de dupla proteção: de âmbito interno e de âmbito externo. O escopo interno é constituído pela liberdade da pessoa ter ou não ter qualquer ideologia, crença ou religião e de alterar quando quiser seu posicionamento e também pelo direito absoluto de se manter em silêncio quanto a sua ideologia, religião ou crença. O âmbito externo inclui todas as formas de manifestação externa da liberdade religiosa, englobando os seguintes direitos: de expressar opinião sobre o tema sem sofrer qualquer tipo de coação, repreensão ou sanção, de se reunir em locais privados e públicos, de realizar cultos, rituais, práticas e ensino religiosos.

As violações aos direitos fundamentais são discutidas, principalmente, na relação entre particular e poder público. Nesse âmbito de relação, se a violação for feita pelo Poder Executivo no exercício da função administrativa, o questionamento ocorre, em regra, na instância ordinária da Justiça. Agora, se o poder público que atentar contra o direito de liberdade religiosa for o Legislativo, caberá recurso de amparo, uma vez que a regulação desse direito deve ser feita por lei orgânica, por

⁷⁵² SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.596: "A) La libertad de partidos (art. 6o) se beneficia de las garantías de la libertad de asociación (art. 22). B) Al derecho de negociación colectiva (art. 37.1) le alcanzan las garantías de la libertad sindical (art. 28.1), siendo de suponer que, correlativamente, suceda lo mismo con el derecho a la promoción de conflictos colectivos (art. 37.2) en relación al derecho de huelga (art. 28.2). C) La iniciativa legislativa popular (art. 87.3) es amparable por ser parte del contenido del derecho de participación política (art. 23.1). D) También lo es el ejercicio de sus funciones por parte de los representantes políticos, como contenido del derecho de acceso a cargo público (art. 23.2). E) Los derechos de la sección 2a e incluso muchos de los principios de política social y económica pueden conectarse con el derecho a la igualdad y, en su caso, resultar protegidos por las garantías de éste. Y, finalmente, prospera entre nosotros la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual el derecho al medio ambiente (art. 45) puede presentar en alguna ocasión la faz de derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1)."

expressa disposição do art. 81.1 CE/1978. E no âmbito de relação entre Poder Judiciário e particular, sobretudo as violações às garantias do art. 24.2 CE, a discussão ocorre na instância ordinária da Justiça. Outras violações poderão ser discutidas nas instâncias extraordinárias.

Na relação entre particulares, os questionamentos às violações aos direitos fundamentais são em menor número. Destacam-se os julgados do Tribunal Constitucional que abordam a relação entre empregador e empregado. Especificamente, os casos nos quais há alegação da violação à liberdade religiosa ocorrem em relação ao direito que todos possuem de não declarar a sua ideologia, religião ou crenças (art. 16.2 CE/1978). E ainda situações em que o funcionário afirma que foi discriminado pelo empregador devido à religião professada (art. 14 CE/1978).

As garantias constitucionais diferenciam-se, pois podem ser direitos, exigências de fazeres dos poderes públicos ou isenção de obrigações, requisitos processuais e procedimentais impostos aos poderes públicos, entre outros.

A liberdade de locomoção é tão cara para assegurar a dignidade humana que é tutelada pelo *habeas corpus*, remédio constitucional de efeito imediato (art. 17.4 CE/1978). Por outro lado, existem ações que obtêm a proteção judicial no curso do processo, e, especificamente, para a garantia dos direitos fundamentais, é possível obter a proteção desses direitos via recurso de amparo para o Tribunal Constitucional. E, ainda, o ordenamento jurídico espanhol criou instituições que atuam com a função de garantir o cumprimento do ordenamento jurídico: Defensor do Povo, Judiciário, Ministério Público e o Tribunal Constitucional⁷⁵³.

5.3.2 A TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA

A tutela jurisdiccional efetiva é parte integrante do sistema de garantias dos direitos fundamentais estabelecido no artigo 24.1 da Constituição da Espanha de 1978. Esse dispositivo constitucional reconhece as garantias jurisdicionais como

⁷⁵³ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.600.

direito público subjetivo. No entanto, é preciso observar que os direitos fundamentais e as liberdades públicas são dotados de certas garantias, entre as quais se incluem as jurisdicionais, que foram considerados como direito público subjetivo. Esses direitos possuem suas próprias garantias e assim se forma uma complexa rede de direitos e garantias⁷⁵⁴.

A função jurisdicional é resguardar o Estado de Direito e a ordem jurídica, ou seja, assegurar o império da lei. Nas palavras de Moacyr Amaral Santos: *“resguardar a ordem jurídica, o império da lei e, como consequência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja, amparar o direito objetivo”*⁷⁵⁵.

A tutela jurisdicional pode ser entendida como a prestação de serviços pelo Poder Judiciário realizada por meio do processo com intuito de resolver os conflitos existentes entre as partes, ou seja, promover a satisfação do Direito. Assim, para a defesa dos seus bens e direitos, as pessoas utilizam o instrumento do processo em busca de tutela jurisdicional efetiva. Para tanto, a parte precisa ter acesso à jurisdição, ou seja, conseguir ingressar com o processo e provocar a prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional é atribuída a terceiro imparcial (juiz), o qual, mediante atuação em processo, reconhece, efetiva ou protege uma situação jurídica concretamente deduzida, de modo imperativo e criativo, em decisão insuscetível de controle externo, com aptidão para coisa julgada.

⁷⁵⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.600: “os autores apresentam um exemplo dessa complexa rede de direitos e garantias: Quedémonos aquí en el segundo eslabón: las garantías jurisdiccionales han sido dotadas de la naturaleza jurídica de derechos públicos subjetivos. No están todas ellas contenidas en el artículo 24, sino que podemos encontrarlas en el artículo 17, referidas a la detención preventiva; en el 18, que exige resolución judicial para los registros domiciliarios y para la intervención de las comunicaciones privadas; en el 20, que establece igual garantía para el secuestro de publicaciones, y en el 22, que requiere resolución judicial para la disolución y para la suspensión de una asociación. Pero todas estas garantías se encuentran garantizadas a su vez por el artículo 24.”

⁷⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1º vol., 1998, p. 69.

O conceito de jurisdição apresenta os seguintes caracteres: imparcialidade⁷⁵⁶, devido processo legal⁷⁵⁷, situação jurídica concretamente deduzida⁷⁵⁸, imperatividade⁷⁵⁹, substitutividade⁷⁶⁰, declaratividade⁷⁶¹, indiscindibilidade⁷⁶² e definitividade⁷⁶³.

A jurisdição está submetida a preceitos legais que a posicionam no tempo e no espaço: os princípios e também muitas regras. Assim, deve ser exercida por quem tenha sido devidamente investido na função jurisdicional – o julgador precisa ter sido investido no seu posto de acordo com as determinações da Constituição de 1978. O julgador só deve prestar a jurisdição quando provocado, não podendo iniciar o processo de ofício (*nemo procedat iudex ex officio*). Cumpre ressaltar que o processo se desenvolve por impulso oficial, ou seja, após a parte provocar a jurisdição, o juiz deve impulsionar o feito.

O princípio da indeclinabilidade da jurisdição determina que o julgador não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. A lide tem que ter uma resolução e cabe ao juiz achar uma maneira de solucionar o caso e garantir a justa composição do conflito.

A parte tem acesso à jurisdição por meio da ação, sendo que essa se instrumentaliza por meio do processo que possibilita que a jurisdição seja exercida. O conceito de ação foi construído por diversos processualistas ao longo dos anos, sendo que cinco teorias sobre o direito de ação se destacam.

⁷⁵⁶ Imparcialidade: a função de julgar é atribuída a um terceiro imparcial, juiz, que está fora do conflito (é espécie de heterocomposição). Sendo uma relação subjetiva presente na relação entre o juiz e a causa: equidistância das partes. Nota-se que não há neutralidade, entendida, como inexistência de valores e pré compreensões.

⁷⁵⁷ Devido processo legal: a atuação do juiz e das partes ocorre mediante o processo. O poder de julgar é exercido processualmente. Sendo que o processo devido legitima a jurisdição.

⁷⁵⁸ Situação jurídica concretamente deduzida: A jurisdição sempre atua diante de uma situação concreta. A atuação abstrata é feita pela legislação.

⁷⁵⁹ Imperatividade: A jurisdição é um poder, de tal sorte, que o juiz ordena.

⁷⁶⁰ Substitutividade: a decisão tomada pelo juiz substitui a vontade das partes impondo-se ao vencido. E, assim, impede que se faça justiça com as próprias mãos.

⁷⁶¹ Declaratividade: o juiz não cria direitos subjetivos, apenas reconhece os preexistentes no caso concreto. A sentença cria, modifica e extingue relações jurídicas e não direitos subjetivos.

⁷⁶² Indiscindibilidade: A decisão judicial é insuscetível de controle externo, nenhum outro poder pode rever as decisões do Poder Judiciário. Somente o próprio Judiciário controla as suas decisões de mérito.

⁷⁶³ Definitividade: a sentença tem aptidão para ser a solução definitiva para o caso concreto. A decisão que não mais se sujeita a recurso só poderá ser rescindida, em alguns casos, pelo próprio judiciário.

Em termos gerais, o direito de ação pode ser conceituado como o direito ao exercício da atividade jurisdicional. Assume três sentidos principais:

a) Constitucional – a ação é o direito fundamental de acesso à justiça, sendo autônomo (não se confunde com o direito material pleiteado) e abstrato (tem-se o direito de ação independentemente de efetivamente se possuir o direito material afirmado em juízo, ou seja, o indivíduo possui o direito de estar em juízo mesmo que seja para ouvir o juiz dizer que não tem direito ao bem que pretendia obter);

b) Material – aqui a ação é sinônimo do direito, de uma situação jurídica ativa (vantagem) que alguém possui em face de outrem;

c) Processual – ação é um direito fundamental. É o exercício do direito de ir a juízo em face do réu (demanda): o processo nasce para resolver um problema trazido pelo autor – trata-se da pretensão processual.

O direito a tutela jurisdicional efetiva, reconhecido como direito fundamental pelo art.24.1 da CE/1978, é composto por três elementos essenciais:

i) O acesso aos órgãos judiciais por todas as pessoas, que devem receber deles o mesmo tratamento (art. 14 CE/1978) e o devido processo legal deve ser respeitado pela autoridade pública. E, para que as pessoas menos favorecidas financeiras possam ter acesso aos órgãos judiciais é oferecida a gratuidade da justiça.

ii) O direito de obter uma sentença motivada e congruente. O julgador, ao aplicar o direito ao caso concreto, deve fundamentar sua decisão apresentando os dispositivos constitucionais e legais em que se baseou para tomar aquela decisão. Ao julgador é vedado proferir decisões contraditórias. Por exemplo, a parte dispositiva da sentença não pode contrariar os motivos elencados na fundamentação. E, ainda, a sentença deve lidar com a essência das questões alegadas pela parte, não pode ser omissa ou desprovida de fundamentação legal.

iii) Que seja de fato executado aquilo que foi decidido, ou seja, que a decisão judicial seja cumprida (salvo quando as partes decidiram recorrer à instância superior).

Segundo Lorenzo Mateo Bujosa Vadell e Nicolás Rodríguez García, o Tribunal Constitucional tem atuado de tal forma a construir pontes para efetiva proteção da justiça. E, ainda, é importante lembrar que determinados conflitos não

precisam ser resolvidos na via judicial. É possível encontrar extrajudicialmente uma solução e obter a justiça⁷⁶⁴.

Os julgadores, em todo o território da Espanha, estão vinculados às normas que compõem o devido processo legal. A própria Constituição/1978 limita a atuação do julgador. Assim, o poder jurisdicional do Estado só pode ser exercido, validamente, por meio de processo que observe os princípios e as regras constitucionais e legais. São dois os ângulos de observação do devido processo legal: formal, que é o direito de processar e ser processado de acordo com normas constitucionais e legais preestabelecidas para tanto; e material, que assegura que as decisões sejam adequadas, razoáveis e proporcionais.

O direito ao contraditório também deve ser respeitado em seu aspecto formal e em seu aspecto material. O primeiro aspecto consiste no direito de ser ouvido, direito de participar da produção da norma. O segundo aspecto é o poder de influência que a parte possui sobre a decisão que será proferida pelo julgador e que seus argumentos serão analisados. A ampla defesa nada mais é do que a dimensão substancial do contraditório. Assim, o contraditório é o direito de participar com poder de influência no processo, com aptidão para influenciar a decisão.

O processo, para ser devido, deve ser público, não pode ser secreto. A publicidade processual tem duas dimensões: a interna, na qual os atos processuais e as decisões são públicos para as partes (não pode sofrer restrições); e a externa, marcada pela determinação de que o processo tem que ser público para terceiros, para que possa haver um controle público da jurisdição (pode ser restringida).

A tutela jurisdicional efetiva também depende da duração razoável do processo, a qual é aferível caso a caso, não existe uma duração razoável em abstrato. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷⁶⁵ tem reiterado o seu entendimento em relação aos critérios para aferição da razoável duração do processo. São eles:

⁷⁶⁴ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo; GARCIA, Rodríguez Nicolás. **Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional**, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm., 2, 1999, pp. 1828-1840.

⁷⁶⁵ MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. **Teoría general del derecho procesal**. Coruña: Tórculo Edicións, 2005, p. 259.

complexidade da causa, infraestrutura do judiciário, comportamento do juiz⁷⁶⁶ e comportamento das partes⁷⁶⁷. Nesse sentido, explica Mauro Cappelletti:

(...) solução judicial precisa esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 69, parágrafo 19 que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível⁷⁶⁸.

Joan Picó i Junoy apresenta critérios para análise da celeridade processual: averiguar se há excesso de trabalho para o órgão julgador; problemas na organização pessoal e material dos Tribunais; comportamento dos julgadores; a conduta processual da parte; a complexidade do tema a ser julgado e a duração média dos processos do mesmo tipo⁷⁶⁹.

O art. 24 CE/1978 prevê o direito de todos à tutela jurisdicional efetiva. Para sua concretização, é fundamental que seja respeitado o devido processo legal. De tal forma que um processo para ser devido tem que ser leal, ou seja, o princípio da boa-fé decorre do devido processo legal. Embora, o princípio da boa-fé processual não seja expressamente previsto na Constituição/1978, há previsão implícita. No ordenamento jurídico espanhol é previsto no art. 7.1 do Código Civil Espanhol. Aplica-se ao processo o princípio da boa-fé objetiva, ou seja, norma de conduta determinante de um agir em conformidade com o padrão ético e leal, de acordo com os padrões comportamentais médios dos habitantes do território espanhol.

O princípio do juiz natural é um corolário do devido processo legal. O princípio do juiz ordinário pré-determinado pela lei (princípio do juiz natural) apresenta

⁷⁶⁶ Quanto ao comportamento do juiz verifica-se se ele fez tudo que lhe cabia para o processo prosseguir e se não há protelações descabidas.

⁷⁶⁷ Em relação ao comportamento das partes será verificado se a demora processual não ocorre porque a parte deixou de cumprir um ato que lhe cabia fazer, no prazo estipulado pelo juízo.

⁷⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 20-21.

⁷⁶⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, **Las garantías constitucionales del proceso**, segunda ed., Barcelona, Bosch, 2012, p. 145.

duas dimensões: formal, que consiste no direito de ser processado e julgado por um juiz competente⁷⁷⁰; e material – direito de ser julgado por um juiz imparcial. Nesse sentido, explicam Sendra *et al.*:

*La Constitución y el Tribunal Constitucional no hablan de juez natural, frecuentemente identificado como juez local, sino que se refieren a él como juez ordinario predeterminado por la ley. Para que un juez lo sea resulta preciso¹⁶: a) que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma; b) que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación judicial; c) que no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procesal, pero sí puede tratar-se de jueces ordinarios con especiales competencias por razón de la materia o del territorio; d) que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros; e) que el órgano que juzgue y falle sea diferente del que haya instruido.*⁷⁷¹

O princípio hermenêutico “*pro actione*” está vinculado ao direito à tutela jurisdicional efetiva e determina que os órgãos judiciais abandonem certas interpretações de pressupostos processuais que dificultem demasiadamente a apreciação do processo apresentado ao julgador, ampliando o acesso à jurisdição. De acordo com o Tribunal Constitucional (STC166/2008⁷⁷²), não se trata de forçar o

⁷⁷⁰ Competência definida por lei geral e abstrata e esta deve ser estabelecida em norma jurídica formulada antes da ocorrência do fato a ser julgado. Sendo vedado a criação de Tribunal de exceção ou juízo *ad hoc* (estabelecido após os fatos para julgar àquele caso). Sendo que é proibido aos Tribunais a designação de juízes para determinadas causas.

⁷⁷¹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 603.

⁷⁷² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença 166/2008**, de 15 de dezembro de 2008. Publicação: BOE núm. 8, de 09 de janeiro de 2009. Disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-433. Acesso em 04 de mai. 2022. “No corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre cuál de las posibles interpretaciones del juego de los preceptos indicados es la más ajustada desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, pero sí fiscalizar con la perspectiva constitucional que nos es propia si de entre las posibles interpretaciones de un precepto legal se ha optado por una que haya conducido a la vulneración de un derecho fundamental, habiendo otras más respetuosas con él. Es más, cuando, como sucede en el presente caso, la interpretación efectuada por el órgano judicial ha producido el efecto de impedir a los interesados el acceso a un proceso en el que se veían afectados sus intereses legítimos, hemos declarado reiteradamente que nuestro canon de enjuiciamiento es especialmente riguroso y se orienta por el principio *pro actione* de modo que: «los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos de acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24.1 CE, lo que, sin embargo, no puede conducir a que se prescinda de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos, en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, y 64/1992, de

jugador a escolher a interpretação mais favorável à admissão do processo, entre todas as possíveis, mas a vedação à inadmissibilidade por rigorismo excessivo e injustificado.

Assim, a interpretação dos pressupostos de admissibilidade processual deve se dar sob uma perspectiva antiformalista. O que não significa que os pressupostos processuais não devem ser respeitados e cumpridos pelas partes ou que elas podem fazê-lo quando bem quiserem. Mas, se no caso concreto houver verdadeira dedicação dos litigantes em atenderem todas as formas processuais exigidas e no prazo correto, não é por um erro mínimo que o processo não pode ser recebido. Novamente, trata-se de uma aplicação do princípio da proporcionalidade, via razoabilidade e adequação.

A tutela jurisdicional efetiva na seara penal só ocorre com o duplo grau de jurisdição. Nessa área do Direito deve haver previsão de recurso para as decisões. Entretanto, nas demais esferas do Direito o recurso não é pré-requisito imprescindível para que a tutela jurisdicional seja efetiva. Por outro lado, se existirem recursos no ordenamento jurídico, só se prestará a efetiva tutela jurisdicional efetiva se for possibilitado o recurso às partes⁷⁷³.

Por fim, para que a tutela jurisdicional seja efetiva há outras garantias que resguardam o direito de defesa do réu: direito de ser ouvido em todas as etapas do processo; presunção de inocência; atividade probatória suficiente; assistência de advogado; acusação precisa e delimitada e juízo oral na seara penal; notificação do julgamento dos recursos aos interessados; proibição de agravamento do recurso – vedação do *reformatio in pejus*⁷⁷⁴.

29 de abril). No en vano, ha señalado este Tribunal que el principio hermenéutico *pro actione* opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, de manera que, si bien tal principio no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (STC 238/2002, de 9 de diciembre, FJ 4)» (por todas, STC 182/2003, de 20 de octubre).”

⁷⁷³ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.609.

⁷⁷⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.610.

Para Joan Picó i Junoy, a constitucionalização dos direitos e as garantias constitucionais do processo têm como objetivo alcançar a justiça almejada⁷⁷⁵.

5.3.3 AMPARO CIVIL ORDINÁRIO

A existência e eficácia dos direitos fundamentais e liberdades públicas é dada pela Constituição/1978. São normas constitucionais de eficácia plena e por isso a proteção civil ordinária não se presta a receber e analisar pretensões declaratórias “puras” ou teóricas.

O cabimento da ação civil de amparo se dá quando determinado indivíduo, agindo de acordo com as regras do direito privado, causa dano a direito fundamental ou liberdade pública de outrem. A causa *petendi* é baseada na violação, realizada por particulares, segundo as regras de direito privado, de um direito fundamental previsto nos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. Assim, somente caberá a proteção civil ordinária quando não se tratar de crime, ato administrativo ou questão trabalhista.

Os legitimados ativos a interpor a ação civil de amparo são pessoa civil ou jurídica, inclusive ente coletivo sem personalidade jurídica (STC 221/2002, de 25 de novembro FJ 2). Tal aptidão para ingressar com a ação civil de amparo não se restringe ao titular do direito violado. Terceiro que seja legitimamente interessado pode ingressar com a ação. São ainda legitimados: o Ministério Público e o Defensor do Povo (art. 249.1.2º LEC cc arts. 24.1 e 162.1.b, CE/1978).

O Ministério Público pode ingressar de duas formas. A primeira delas, por substituição dos menores de idade e os desfavorecidos. A segunda forma trata da legitimação originária desse órgão como defensor das normas constitucionais que protegem direitos fundamentais. O Ministério Público pode ajuizar autonomamente de amparo, pode se opor a qualquer ato de disposição do pedido e pode realizar todos os atos de alegação, prova e impugnação independentemente dos titulares do direito

⁷⁷⁵ Picó i Junoy, Joan, **Las garantías constitucionales del proceso**, segunda ed., Barcelona, Bosch, 2012, p. 34.

fundamental. De acordo com o art.11.5 LEC⁷⁷⁶ o Ministério Público está legitimado para ingressar com qualquer ação que for necessária para o interesse dos consumidores e usuários. Observa-se que o legislador deu ampla legitimação ao Ministério Público para melhor proteção dos interesses coletivos.

A legitimidade passiva é do particular que pretensamente tenha violado direitos fundamentais ou liberdades públicas de um indivíduo ou grupo de pessoas⁷⁷⁷.

Conforme disposição do art.55 da lei orgânica do Tribunal Constitucional⁷⁷⁸ (LOTIC), a petição inicial possui duplo caráter: declaratório e condenatório. A parte interessada requisita ao julgador declaração de nulidade da decisão que tenha impedido o pleno exercício dos seus direitos fundamentais e liberdades públicas e o reconhecimento de tais direitos e liberdades de acordo com o que foi constitucionalmente declarado. E ainda requer o restabelecimento à integralidade do seu direito violado, com as medidas apropriadas para conservá-lo.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais e liberdades, previstos nos arts. 14-29 e 30.2 CE, é imediata e não depende de uma norma infraconstitucional regulamentadora. No amparo ordinário aplica-se a eficácia imediata dos direitos fundamentais. Assim, o interessado na inicial identifica o direito fundamental material infringido por um particular e fundamenta com base na CE/1978 essa violação. A competência objetiva, ou seja, o órgão competente para julgar a ação civil de amparo, é o tribunal de primeira instância (art.45 LEC⁷⁷⁹). Já a competência territorial é do tribunal do local de domicílio do autor da ação. Se o autor não tiver domicílio na Espanha, pode ingressar com ação no lugar em que ocorreu a suposta violação ao direito fundamental (art. 52.1.6º LEC).

O processo seguirá o rito ordinário de acordo com o disposto nos arts. 249.1 e 339 e ss da LEC e nos casos previstos na lei haverá tramitação preferencial, como é o caso da execução provisória preferencial das sentenças (art. 524.5 LEC).

⁷⁷⁶ ESPANHA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. BOE núm. 7, de 08/01/2000. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>. Acesso em 08 out. 2022.

⁷⁷⁷ Na ação civil de amparo, de procedimento ordinário, o pretense violador do direito fundamental ou liberdade pública de um indivíduo ou uma coletividade, é sempre um particular. Já no recurso de amparo constitucional a violação é promovida pelo poder público.

⁷⁷⁸ ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. BOE núm. 239, de 05/10/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁷⁷⁹ ESPANHA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. BOE núm. 7, de 08/01/2000. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

Na hipótese de o interessado não ter seu pedido atendido no Poder Judiciário, ele poderá ingressar com pedido de proteção ao Tribunal Constitucional sob alegação de violação ao direito de tutela pelos órgãos judiciais ordinários. Isso porque o art. 41.2 da LOTC impede o ingresso no Tribunal Constitucional de pedido de amparo constitucional em que o sujeito ativo infrator dos direitos fundamentais seja um particular. Por isso, a afirmação que o interessado deve fazer é que a violação ao direito fundamental foi realizada pelo julgador que, ao não acolher o pedido do particular interessado em restaurar o seu direito fundamental violado, não atendeu as determinações do art.24. 1 CE/1978.

O pedido de proteção ao Tribunal Constitucional sob alegação de violação ao direito de tutela pelos órgãos judiciais ordinários tem sido uma prática comum para os que requerem a proteção judicial para cessar a violação aos seus direitos fundamentais. É uma prática que diminui o caminho processual que deve ser percorrido para se ter seu pedido de proteção ao direito fundamental analisado pelo TC. Nesse caso, é importante observar se já existe posição consolidada do TC em caso similar. Se houver o ideal seria já fundamentar o pedido de tutela apontando em quais aspectos aquele caso específico é distinto dos similares já julgados pelo TC.

5.3.4 O PROCESSO CIVIL DE PROTEÇÃO ESPECIAL DO DIREITO À HONRA, PRIVACIDADE E IMAGEM PRÓPRIA

A Lei Orgânica nº 1 de 05 de maio de 1982⁷⁸⁰ (LO1/1982) rege a proteção jurídica processual dos direitos fundamentais à honra, à intimidade e à própria imagem (art.18.1 CE/1978). O procedimento civil especial de proteção ao direito à honra, à intimidade e à própria imagem só se aplica aos direitos fundamentais expressos no art.18.1 da CE: “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ ESPANHA. **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸¹ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

Em regra, a violação se dá em um quadro de conflito de direitos fundamentais: de um lado, o direito à informação, à liberdade ideológica e de expressão (arts. 20 e 16.1 CE/1978) e do outro lado os direitos à honra, à intimidade e à própria imagem (art.18.1 CE/1978). As ingerências ilegítimas mais graves são penalmente tipificadas (injúria art.208 e calúnia – art.205, ambos do Código Penal Espanhol).

Como era se esperar de toda e qualquer ponderação de direitos fundamentais, a presente ponderação causou muitos debates nos tribunais. Da promulgação da Constituição/1978 até 1986 prevaleceu a proteção do direito à honra. A interpretação literal do art.20.4 CE/1978 condiciona o exercício do direito de liberdade ideológica e de expressão limitado pelo respeito aos direitos fundamentais e, principalmente, em relação aos direitos à honra, à intimidade e à própria imagem (art.18.1 CE/1978). Também seguindo a interpretação literal do art. 18.1 CE/1978 - direitos à honra, à intimidade e à própria imagem eram considerados absolutos. Na segunda fase, prevaleceu a tutela da liberdade de informação e de expressão, posição que passou a ser adotada pelo Tribunal Constitucional, na STC 104/1986⁷⁸², que seguiu a posição adotada pelo TEDH (caso Bruno Kreisky – 08/07/1986⁷⁸³). O TEDH tem reiteradamente decidido, com base na ponderação de direitos fundamentais pelo critério da proporcionalidade, que em um Estado Democrático de Direito o direito fundamental à informação e à liberdade de expressão são mais relevantes do que o direito à honra, à intimidade e à própria imagem⁷⁸⁴.

E, por fim, a terceira fase, atual, da prevalência condicionada à liberdade de informação e expressão. O Tribunal Constitucional, com o intuito de uniformizar quais são as condições que o direito à liberdade ideológica, de informação e de expressão devem preencher para que prevaleçam sobre os direitos do art. 18.1 CE, traçou balizas de julgamento para os demais julgadores (art. 5.1 LO 6/1985, de 1 de

⁷⁸² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 104/1986**, de 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1986). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1986/104>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **CASE OF LINGENS v. AUSTRIA** (Application no. 9815/82). Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57523%22\]\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-57523%22]]). Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.655.

julho⁷⁸⁵): se for direito de liberdade ideológica *versus* direitos do art. 18.1 CE, os únicos limites são a manutenção da ordem pública protegida pela lei (STC 105/1990⁷⁸⁶) e a dignidade e igualdade das pessoas (STC 214/1991⁷⁸⁷); caso seja liberdade de expressão *versus* direitos do art. 18.1 CE, a veracidade dos dizeres não é fator limitante (STC 105/2000⁷⁸⁸), agora, se se for liberdade de informação *versus* direitos do art. 18.1 CE, a informação deve ser veraz nos termos do art. 20.1.d CE/1978 (SSTC 6/1998⁷⁸⁹, 171/1990⁷⁹⁰ e 172/1990⁷⁹¹ e outras). Nessas duas últimas hipóteses devem ser observados os limites do respeito à dignidade, igualdade e intimidade entre as pessoas⁷⁹².

Ressalta-se que a fixação pelo TC de balizas de julgamento para casos similares é uma técnica que objetiva orientar os demais julgadores, promover a celeridade processual e diminuir o número de processos a serem analisados pelo TC. É um recurso muito utilizado pelo TC e, em geral, tem alcançado os fins anteriormente citados.

A legitimidade ativa para propor a ação é do titular que teve o seu direito à honra, à intimidade e à própria imagem violado (art.24.1 CE/1978). Todas as pessoas

⁷⁸⁵ ESPANHA. **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 105/1990**, de 6 de junio (BOE núm. 160, de 05 de julio de 1990). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1530>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 214/1991**, de 11 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1853>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 105/2000**, de 13 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4089>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁸⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 6/1998**, de 13 de enero (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3508>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁹⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 171/1990**, de 12 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1990). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1596>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁹¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 172/1990**, de 12 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1990). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1597>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁹² SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.663-664.

físicas lesadas, inclusive os incapazes (art. 3.1 LO1/1982) e os sucessores legítimos e testamentários do falecido, podem propor tal ação (arts. 4º até 6º LO1/1982). Ponto controverso entre os doutrinadores e na jurisprudência dos tribunais é saber se a pessoa jurídica tem legitimidade ativa para essa ação. Inicialmente, os tribunais reconheciam tal legitimação. Após a publicação do STC 107/1998⁷⁹³, ela deixou de existir devido ao caráter personalíssimo do direito à honra e demais direitos tutelados pelo art.18.1 CE/1978 (pessoa jurídica pode ingressar com petição do art. 1.902 Código Civil Espanhol⁷⁹⁴). Atualmente, prevalece o entendimento de que a pessoa jurídica tem legitimidade para ingressar com essa ação especial de proteção aos direitos do art.18.1 CE, pois ela goza de proteção a tudo que afete o seu prestígio profissional perante a sociedade (proteção ao nome, à marca e à imagem da entidade). O Ministério Público não tem legitimidade originária, mas age por substituição processual na defesa do interesse de incapazes (art. 3.2 LO1/1982) ou das pessoas falecidas quando não ocorre sucessão legítima ou testamentária (art. 4.3 LO1/1982)⁷⁹⁵.

O sujeito ativo tem o prazo de 4 anos para ingressar com a ação (contado da data em que a parte pode, legitimamente, propor tal demanda - art. 9.5 LO1/1982). Já o sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica que violou o direito à honra, à intimidade e à imagem (art. 18.1 CE/1978)⁷⁹⁶.

Não haverá alterações nos procedimentos do art. 9º da LO1/1982, do processo especial de tutela do direito à honra, à intimidade e à imagem, caso as ingerências ilegítimas tenham se estendido à esfera penal (art.1.2 LO1/1982). Para determinação da responsabilidade civil em decorrência do delito (violações mais graves aos direitos do art.18.1 CE, tais como, injúria e calúnia), são aplicáveis os critérios da Lei Orgânica nº 01 de 1982.

⁷⁹³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 107/1998**, de 18 de mayo (BOE núm. 146, de 19 de junio de 1998). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3609>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁹⁴ ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Disponível em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2021-117. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁹⁵ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.658-659.

⁷⁹⁶ Os meios de comunicação respondem, solidariamente, com o causador da violação ao direito à honra, à intimidade e à imagem (art. 65 da lei de imprensa de 1966). Sendo que àquele que teve seu direito do art.18.1 CE/1978 violado pode acionar ambos ou escolher um deles (não há litisconsórcio passivo necessário). SENDRA, Vicente Gimeno e outros, Ob. Cit., 2017, p.660.

A cumulação da ação processual penal com o processo civil de amparo deve observar alguns cuidados. Primeiro, o prejudicado ingressou com o processo penal e não dispôs, expressamente, que pretende ingressar com ação na seara civil. Nesse caso, as menções de âmbito civil na parte dispositiva da sentença penal fazem coisa julgada. Por esse motivo, a parte não pode ingressar com uma ação civil no curso da ação penal, e nem mesmo posteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal (em se tratando de sentença absolutória, a parte poderá propor a ação no civil, exceto hipóteses do art.116 LECrim⁷⁹⁷). Segundo, a parte entrou com processo criminal e dispôs, expressamente, que quer reservar o direito de propor a ação no âmbito civil. Depois que a sentença penal transitar em julgado, a parte pode propor a ação na seara civil (art.111 e 112.1 LECrim). Terceiro, a conduta criminosa praticada contra a parte, como a injúria ou a calúnia, requer procedimento penal para crimes de ação privada. O prejudicado opta por ingressar com a ação na esfera civil e não entra com a ação penal específica exigida para o caso. Nesse caso, ocorrerá uma renúncia implícita à ação penal e por isso ela é extinta (art.112.1 LECrim). Por fim, a parte instaura um processo de amparo civil, por atos de ingerência civil, classificados como crime semi-públicos⁷⁹⁸. O prejudicado pode ingressar com a ação penal, a qual correrá paralelamente ao processo de amparo civil sem que o juiz o suspenda e envie ao juízo penal.

A proteção especial processual civil do direito à honra, intimidade e à própria imagem segue a sistemática do procedimento de proteção civil ordinário da lei processual comum (art.249.1.2º LEC). De acordo com o art. 53.2 CE/1978 o processo para tutela de direitos fundamentais deve ser preferencial e sumário (art.9.1 c/c Disposição transitória 02, LO1/1982).

O art. 9.2 da LO1/1982 determina que a sentença inclua todas as medidas necessárias para a plena restauração dos direitos fundamentais violados. O julgador pode adotar medidas cautelares inominadas para cessação imediata da violação aos

⁷⁹⁷ ESPANHA. **Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em 05 mai. 2022.

⁷⁹⁸ Crime semi-público é o delito de injúria ou calúnia cometido contra os agentes dos poderes públicos, por fatos relativos ao exercício do seu cargo. O art.215 do Código Penal Espanhol informa que não será necessária a apresentação de queixa do ofendido e a ação ocorrerá de ofício.

direitos fundamentais dispostos no art.18.1 CE, inclusive apreensão de publicações, gravações e outros meios de informação (art. 20.5 CE/1978).

Além da sentença ter que preencher todos os requisitos do art. 9.2 da LO1/1982 e ser motivada atendendo mandamento dos arts. 24.1 e 120.3 CE, deve abordar a ponderação dos direitos fundamentais de liberdade ideológica, de informação e de expressão em contraposição ao direito à honra, à intimidade e à imagem, utilizando como critério o princípio da proporcionalidade, atendendo as determinações do Tribunal Constitucional em relação à prevalência condicionada das liberdades de informação e de expressão (STC 105/1990, de 6 de junho). Verificada a ausência dessa ponderação na sentença ou a existência dela sem adotar as balizas estabelecidas pelo Tribunal Constitucional (art. 5.1 LO6/1985, de 1 de julho), caberá cassação e apelação (instância ordinária) e, se for o caso, recurso constitucional de amparo.

Na proteção do direito à liberdade religiosa analisado sob o prisma de ser livre para ter e manifestar suas crenças observa-se a necessidade de proteção ao direito à liberdade de expressão para efetivação desse aspecto da liberdade religiosa. O processo civil de proteção especial do direito à honra, privacidade e imagem própria é utilizado para proteção da liberdade de possuir as suas próprias crenças de acordo com sua consciência e poder manifestá-las na sociedade sem sofrer julgamentos maliciosos que possam tolher a manifestação de crença das pessoas. Esse processo tem se mostrado efetivo já que, repetidamente, tem tutelado o direito da parte e de forma razoavelmente célere.

5.3.5 O PROCESSO CIVIL ESPECIAL E SUMÁRIO DE AMPARO DO DIREITO DE RETIFICAÇÃO

O processo civil especial e sumário de amparo do direito de retificação está regulado pela lei orgânica nº 2 de 1984⁷⁹⁹. A parte ingressa com esse processo especial para pedir ao juízo que reconheça o seu direito de retificação e condene o

⁷⁹⁹ ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación**. BOE núm. 74, de 27/03/1984. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1984/03/26/2/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

meio de comunicação que divulgou as informações transgressoras do art.18.1 CE/1978 a publicar a retificação pretendida. Para que tal direito exista, a notícia publicada deve ser falsa e causar prejuízo à parte (art.1º, LO 2/1984) e, ainda, o prejudicado deve comprovar a resposta negativa do meio de comunicação ao pedido de retificação feito por ele.

Llamazres Calzadilla Maria Cruz enxerga o direito de retificação sob dois aspectos: a perspectiva do sujeito passivo do direito e a do sujeito ativo desse direito. A primeira o entende como a obrigação que incide em qualquer meio de comunicação social de inserir, nos termos e condições fixados em lei, a resposta que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, julgue necessária para informar o público. Já sob o aspecto ativo, é o direito que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tem de exigir a divulgação da sua resposta às informações divulgadas pelos meios de comunicação social que a parte considere imprecisos e cuja exibição possa causar prejuízos ao interessado⁸⁰⁰.

Interessante observar que esse processo tem um único pedido: a condenação do meio de comunicação à publicação da retificação. Pode ingressar com a ação de retificação a pessoa física ou jurídica que foi exposta por exibição de informações não verdadeiras e causadoras de prejuízos em qualquer meio de comunicação social. Essa ação pode ser proposta pelo prejudicado, por seu representante legal e, caso venha a óbito, pelos seus herdeiros ou representantes deles (art. 1.1, LO 2/1984).

Figura no polo passivo da ação o meio de comunicação social provocador do prejuízo, representado em juízo por aquele a que o estatuto da instituição conferiu poderes de representação, em geral, sócio e/ou administrador da empresa. (art.5.2, LO 2/1984). Se o Estado for o proprietário do meio de comunicação não é necessário que se faça uma reclamação administrativa prévia (art. 7º, LO 2/1984).

A ação deve ser proposta perante o juízo de primeira instância. A competência territorial é concorrente entre o juízo do domicílio do autor e o do local onde se situar o meio de comunicação social, à escolha do demandante (art. 4º, LO 2/1984).

A peça inaugural deve ser apresentada por escrito e não é necessário que seja assinada por advogado ou solicitador (art. 5.1º, LO 2/1984). O prejudicado deve

⁸⁰⁰ LLAMAZARES, Calzadilla Maria Cruz. **Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático**. Madrid: Civitas, 1999, p. 178.

apresentar ainda a negativa do meio de comunicação ao seu pedido de retificação, sob pena de indeferimento liminar da ação, por ser manifestamente inadmissível (art. 5.2 LO 2/1984).

O procedimento adequado para a ação de retificação é o julgamento verbal (art. 250.1.9 LEC), observadas as especialidades do art. 6º da LO 2/1984. Desrespeitado esse rito pelo autor, abre-se a possibilidade da parte contrária ingressar com a exceção de procedimento inadequado.

A celeridade é característica marcante desse procedimento. O julgador aplica a lei de processo civil para julgamentos verbais com algumas especificidades, tais como: possibilidade do julgador exigir, de ofício, que o demandado apresente a notícia supostamente falsa apresentada pelo meio de comunicação, seja na forma gravada ou escrita; admissão exclusiva de provas pertinentes que possam ser realizadas no local; o juiz prolata a sentença no mesmo dia ou no dia seguinte ao julgamento. A decisão judicial limita-se a ordenar ao meio de comunicação que publique a retificação (na forma do art. 3º LO 2/1984) ou a denegue (art. 6º LO 2/1984).

Da sentença proferida cabe recurso de apelação com efeito único. Esse recurso seguirá o rito dos arts. 455 e ss da LEC1/2000, ou seja, o procedimento de apelação comum do Código de Processo Civil⁸⁰¹.

Esse instrumento processual, pela sua celeridade, pode fazer cessar rapidamente a divulgação de informações não verídicas ou agressoras do direito de liberdade religiosa de pessoas, assim como das instituições religiosas. É relevante pela capacidade de fazer cessar de imediato colocações maliciosas que podem prejudicar a imagem de uma pessoa ou de uma entidade religiosa. Além de fazer cessar tal publicação, obriga a publicação da retratação nos mesmos moldes que fora feita a divulgação do informe causador de dano à parte.

Em uma sociedade em que a informação se propaga velozmente é preciso que existam instrumentos processuais céleres que façam cessar a violação aos direitos fundamentais do indivíduo e das entidades.

⁸⁰¹ O artigo 8º da LO2/1984 refere-se à antiga lei de processo civil (1881) que foi derogada pela lei de processo civil nº 1/2000. Assim, a remissão do art. 8º da LO2/1984 atualmente corresponde ao capítulo III do título IV do Livro II da lei nº 1/2000.

5.4 PROTEÇÃO PROCESSUAL PENAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – PROCEDIMENTO ESPECIAL DE *HABEAS CORPUS*

O procedimento preferencial e sumário para a tutela dos direitos fundamentais, estabelecido no art. 53.2 CE, também se aplica no âmbito penal. Entretanto, a Lei 38/2002 de 24 de outubro⁸⁰² revogou expressamente os arts. 1º ao 5º da Lei 62/1978⁸⁰³, que tratavam da garantia jurisdicional criminal para tutela dos direitos fundamentais. Por essa razão, atualmente não existe o amparo penal comum para tutela dos direitos fundamentais. Assim, no âmbito penal, atende os requisitos do art. 53.2 CE/1978 para tutela dos direitos fundamentais o procedimento especial do *habeas corpus* (doravante, HC). Um exemplo em que o HC pode ser utilizado para tutela do direito de liberdade religiosa é a situação em que um representante de instituições religiosas é preso por se recusar a cumprir uma ordem estatal que ele entende ferir o direito de liberdade religiosa dos seus fiéis.

O direito fundamental à liberdade de locomoção (art. 17.1 CE/1978), por expressa disposição constitucional, requer uma tutela imediata e rápida que se dá por meio do HC, conforme art. 17.4 CE/1978. A proteção processual diferenciada, marcada pela celeridade, justifica-se, já que se trata de procedimento judicial para garantir a liberdade do indivíduo diante de uma prisão ilegal.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸⁰⁴, em seu artigo 5.1, considera o HC como um recurso. Entretanto, a classificação do HC como ação, recurso ou procedimento especial depende do ordenamento jurídico do país. Por exemplo, no Brasil é uma ação constitucional (“remédio” constitucional), já na Espanha é considerado um procedimento especial em razão da matéria.

⁸⁰² ESPANHA. **Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-20823>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁸⁰³ A lei 62/1978, lei de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais da pessoa, esteve em vigor até 28 de abril de 2003. A parte que regulava a garantia jurisdicional criminal foi revogada pela lei 38/2002 – disposição revogatória única. ESPANHA. **Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.** BOE núm. 3, de 03/01/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/26/62/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁸⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

O HC é um procedimento célere que garante ao indivíduo privado de sua liberdade a sua pronta apresentação perante a autoridade judicial para que exponha suas contestações aos motivos de sua prisão e às condições em que essa detenção foi realizada.

O procedimento do HC foi estabelecido pela Lei Orgânica 6/1984, 24 de maio (representada pela sigla LOHC)⁸⁰⁵. O objeto processual do HC é o conhecimento pelos órgãos judiciais de uma pretensão originada na detenção ilegal e fundamentada na violação do direito de liberdade ou de qualquer outro direito fundamental ultrajado durante a detenção ilegal. A liberdade violada pode ser física, pode ser em relação ao direito fundamental de estar e se manter em segurança e o direito fundamental a integridade física e moral.

De acordo com a exposição de motivos da LOHC, os legisladores basearam-se em quatro princípios fundamentais para elaborar essa norma. O primeiro deles é o princípio da agilidade, o procedimento do HC deve ser sumário e célere (deve terminar em 24 horas), com o intuito de cessar, o mais rápido possível, qualquer prisão ilegal. O segundo princípio pauta-se na simplicidade e falta de formalidades do procedimento, por isso é verbal e não precisa de advogado e solicitador, com objetivo de proporcionar o acesso ao HC a toda a população. O terceiro princípio orientador é a generalidade. Assim, todos os coatores, sejam particulares, autoridades públicas, e, até mesmo os militares se submetem ao controle judicial da legalidade e das condições da prisão. E, ainda, a multiplicidade de legitimados ativos, a própria pessoa, qualquer interessado e como garantes o Ministério Público (defesa da legalidade) e a Ouvidoria do Povo (defesa dos direitos dos cidadãos). Por fim, o quarto princípio orientador é a universalidade, pois pode ser utilizado para todos os tipos de privações da liberdade de locomoção violadoras do ordenamento jurídico. Assim, o procedimento do HC é utilizado quando a prisão é contrária às leis ou foi realizada a detenção sem cobertura legal e, ainda, em relação àquelas originariamente legais, mas que se mantêm, se prolongam ou se concretizam em condições atentatórias às normas jurídicas.

O art. 1º da LOHC apresenta as situações que o legislador entendeu constituírem hipóteses de detenção ilegal. A primeira situação é a detenção feita por

⁸⁰⁵ ESPANHA. **Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»**. «BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1984. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-11620>. Acesso em 01 mar. 2022.

particulares ou por qualquer representante dos poderes públicos com violação dos pressupostos estabelecidos na CE/1978 e nas leis ou ainda que não respeitam as formalidades e os requisitos legais (art. 17 CE/1978 e arts. 489 e ss LECrim). A segunda refere-se à detenção irregular de pessoas em qualquer estabelecimento ou local. A terceira ocorre quando se dá a prisão dos indivíduos sem amparo legal por tempo superior ao estabelecido na lei. Por fim, a quarta situação se dá quando a detenção atende aos pressupostos legais, respeita as formalidades e requisitos legais mas no cárcere não são respeitados os direitos que a CE/1978 e as leis processuais garantem aos detidos.

A competência para conhecer do HC pertence ao Tribunal de Instrução (art. 2.1, LOHC – regra geral). Foge à regra geral de competência para apreciar o HC a detenção tida por ilegal que envolve matéria relacionada a elementos terroristas e quadrilhas armadas (devido a LO que regulamento o art. 55.2 CE/1978), em que a competência será do Juiz de Instrução Central correspondente (art. 2.2, LOHC). No âmbito militar, a competência será do juiz de instrução militar da sede do círculo jurisdicional em que foi realizada a prisão (art. 2.3, LOHC).

A competência territorial é do juiz de instrução do local onde está o indivíduo privado de liberdade. Na hipótese de não ser declarado o local onde a pessoa está detida, será competente o juiz do lugar da prisão e, na impossibilidade de se apontar o local onde ocorreu o ato da prisão ilegal, será competente o juiz do local onde foram recebidas as últimas notícias do preso (art. 2.1, LOHC).

A competência funcional será do Tribunal de Instrução (ou Central, ou Militar) seja para a fase declaratória do HC, seja para a fase de execução dos pronunciamentos típicos do HC (art. 8.2 LOHC).

O sujeito ativo do HC, de acordo com a natureza dos direitos fundamentais tutelados pelo HC (liberdade de locomoção, segurança, integridade física e moral), somente pode ser pessoa física. Já o sujeito passivo do HC pode ser uma pessoa física ou jurídica (art. 7.2 LOHC).

Os legitimados para iniciar o HC são determinados no art. 3º da LOHC, podendo ser cônjuge ou companheiro, descendentes, ascendentes, irmãos e os representantes legais das pessoas com deficiência ou menores de idade. São também legitimados o Ministério Público, o Defensor do Povo e o Juiz da Instrução (de ofício).

O procedimento para ingressar com o HC é simplificado e antiformalista. O pedido de HC pode ser apresentado por escrito ou da forma verbal mediante

comparência (art.4.1 LOHC). Entretanto, o procedimento é mais simplificado ainda para o detido, pois se ele falar para autoridade que deseja a revisão da prisão, essa autoridade tem obrigação de apresentar imediatamente para a autoridade judicial esse desejo do preso, sob pena de responsabilidade disciplinar e criminal (art. 5º LOHC). O pedido apresentado pelos demais legitimados deve conter, na petição escrita do HC ou no registro do comparecimento (verbal): identificação do requerente e detido, informar o local onde a pessoa está detida e quem realizou a prisão e a razão específica pela qual se pede o HC.

A fase de admissão inicia-se com a apresentação do pedido de HC ao juiz, que averiguará se foram preenchidos os requisitos para seu processamento (art. 4º LOHC). Nesse momento não é feita nenhuma análise do mérito. O HC será encaminhado ao MP, caso o juiz considere ou não preenchidos os requisitos para processamento do HC (sendo que a decisão denegatória do juiz tem que ser fundamentada e motivada). A decisão denegatória do juiz afirmando a inadmissibilidade do HC pode ser questionada por meio da apresentação do incidente de nulidade do processo (art. 241 da lei orgânica do poder judiciário). Se o incidente de nulidade do processo não for acolhido pelo tribunal, caberá o recurso de amparo para o Tribunal Constitucional por alegação de violação dos arts. 17.3 e 17.4 CE/1978.

Atendidos os requisitos de processamento do art. 4.1 LOHC, o juiz profere o despacho de iniciação, do qual constará uma ordem para a autoridade responsável pelo detido ou qualquer outro em cujo poder se encontrar, que conduza imediatamente o custodiado até a sua presença. Ou o juiz pode decidir ir ao local em que se encontra a pessoa que teve a sua liberdade restringida.

O juiz ouvirá a pessoa detida (ou, se for o caso, seu representante legal), seu advogado (se tiver nomeado um) e, também, o Ministério Público. Em seguida, ouvirá o responsável pela detenção (seja representante do poder público ou não) e a pessoa que ficou com a custódia do preso e as justificativas para a prisão. O juiz possibilita que todos saibam o que foi dito em juízo pela pessoa privada de liberdade.

Caso o juiz julgue pertinente, pode admitir as provas produzidas pelas pessoas citadas no art. 7.2 da LOHC ou permitir que pratiquem as provas no ato.

No prazo de 24 horas, contados da emissão do despacho de iniciação, o juiz deve praticar todos os atos pertinentes ao HC (art. 7º LOHC) e apresentar a resolução cabível.

O juiz, após ouvir as alegações das partes e apresentada (ou praticada) a prova, por despacho fundamentado, adotar a de imediato uma das resoluções do art. 8º da LOHC. Ou seja, o juiz pode proferir decisão denegatória do HC, devidamente fundamentada e motivada, por não ter identificado nenhuma das hipóteses apresentadas no art.1º da LOHC. Com isso, o juiz aceita instaurar o processo criminal contra o preso.

De acordo com Vicente Gimeno Sendra *et al*⁸⁰⁶, apesar do art. 8.1 da LOHC determinar que essa decisão tenha o efeito de declarar que a privação da liberdade e as condições em que ela se processa observaram os preceitos do art.1º da LOHC, poder-se-ia produzir uma decisão incongruente. Isso porque o juiz só pode dar efeitos declaratórios em relação ao que foi apresentado em juízo. Se, por acaso, algum dos motivos que possam gerar a ilegalidade da detenção não foi levado à apreciação judicial, o juiz não pode emitir decisão com efeito declaratório em relação a algo que ele não analisou⁸⁰⁷.

Por outro lado, o juiz pode concluir que o pedido de HC é procedente. A decisão judicial deverá conter um pronunciamento declaratório de ilegalidade da prisão. Diferentemente, a decisão condenatória deve se adequar à causa de pedir da pretensão de HC e deve atender alguma das 3 previsões do art. 8.2 LOHC: constatada a prisão ilegal deve haver ordem de liberação imediata do preso; continuidade da privação da liberdade já que é legal, mas, que sejam alteradas as formas de custódia do detento; decorrido o prazo para sua detenção, o detido deve ser colocado, imediatamente, à disposição da autoridade judicial (art. 8.2 LOHC).

Na hipótese do HC ser admitido para tramitação e, quando da análise do mérito, indeferido, cabe recurso de amparo por violação ao art.17.3 da CE/1978.

Resta claro que o HC é para assegurar a liberdade de locomoção do indivíduo. A ligação que há entre o HC e o direito de liberdade religiosa se dá quando a pessoa perde a sua liberdade de locomoção por ter defendido o direito de liberdade religiosa próprio ou de terceiros. Por exemplo: quando um líder religioso se recusa a

⁸⁰⁶ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017.

⁸⁰⁷ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.684-685.

cumprir as determinações do poder público para fechamento da Instituição religiosa e cessação dos cultos por motivo da pandemia do covid19 e é preso por esse motivo.

5.5 AMPARO ORDINÁRIO ADMINISTRATIVO

Diante da essencialidade dos direitos fundamentais no conjunto de normas de proteção à dignidade do homem e do papel relevante que ocupam no ordenamento jurídico, a Constituição/1978 apresenta duas maneiras processuais para a sua defesa. A primeira é a apresentação perante os tribunais ordinários de processo sumário e com tramitação preferencial (art.53.2 CE/1978). A segunda é o recurso de amparo constitucional perante o Tribunal Constitucional. Cumpre lembrar que para a parte poder interpor o recurso de amparo no Tribunal Constitucional em matéria administrativa, primeiro deve ter acionado a justiça ordinária pelo amparo ordinário administrativo.

O processo ordinário contencioso-administrativo para tutela dos direitos fundamentais, doravante denominado amparo ordinário administrativo, é instituído para atender aos requisitos constitucionais de preferência e sumariedade, com o intuito de promover a proteção processual dos direitos fundamentais previstos nos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. Em relação ao contencioso-administrativo, o procedimento regulado nos arts. 114 a 122 da lei 29/1998⁸⁰⁸ substituiu o estabelecido na lei 62/1978, no que se refere ao amparo ordinário administrativo.

⁸⁰⁸ ESPANHA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>. Acesso em 01 mar. 2022. O processo de amparo ordinário administrativo, essencialmente, está regulado nos arts. 114-122 da lei 29/1998. Entretanto, há outros dispositivos dessa lei que abordam esse procedimento especial, tais como: arts. 2.a (atos objeto de controle jurisdicional), 8.1 (competencia do Tribunal Contencioso-Administrativo); 8.6 ,10.8 ,11.1, i, (autorizações excepcionais legislação sanitária), 66 (recurso direto contra disposições gerais), 78.17 (exclusão de provas proibidas no processo abreviado); 81.2.b (sentenças recorríveis em recurso), 88.2.i (sentenças recorríveis em cassação), 102.2 (revisão de sentença firme) e 128, 2, 3 (características gerais dos prazos), Disposição Transitória 5 (procedimento especial para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa). SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 691. (Tradução nossa).

O amparo ordinário administrativo pode ser instaurado para requerer ao Tribunal a emissão de uma resolução declaratória de nulidade da ação administrativa lesiva aos direitos fundamentais (art.62.1, lei 30/1992 cc art.88.2.i, lei 29/1998). E ainda fazer um requerimento misto, em que se requiere que o ato administrativo seja anulado, que ocorra o reconhecimento de alguma especificidade e que se determine a adoção de medidas indispensáveis para restabelecimento da integralidade dos direitos fundamentais requeridos pelo autor da demanda (arts.114.2 cc 31-32, lei 29/1998).

Importante ressaltar que não é preciso esgotar a via recursal administrativa para interpor o processo declarativo especial na esfera judicial para tutela dos direitos fundamentais relacionados a atuações administrativas que violam tais direitos. O que é bastante relevante em termos de possibilitar que o interessado atue nas duas frentes simultaneamente e assim tenha o seu direito fundamental, como o de liberdade religiosa, assegurado e de forma mais célere.

O processo de amparo ordinário administrativo é um procedimento especial declaratório e apresenta certas particularidades se comparado ao processo administrativo ordinário ou abreviado. Nesse sentido, escreveram Vicente Gimeno Sendra e outros: *“El amparo ordinario contencioso-administrativo no es, pues, otra cosa que un proceso declarativo especial, preferente y de tramitación acelerada, destinado a la tutela de los derechos fundamentales respecto de las actuaciones administrativas vulneradoras de tales derechos”*⁸⁰⁹.

O procedimento é especial porque possui matéria limitada à violação dos direitos fundamentais ultrajados por atuações da administração pública. Esse procedimento não é a via adequada para se discutir as questões de legalidade ordinária, que devem ser discutidas no processo ordinário administrativo. O caráter preferencial para o processamento desse procedimento especial está expresso não apenas no art. 53.2 CE/1978 como também no art. 114.3 da lei 29/1998. A sumariedade desse procedimento está ligada a rapidez, urgência de sua tramitação, prevista no art.5 3.2 CE/1978 e no art. 115 da lei 29/1998, o qual estabelece diversos

⁸⁰⁹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.689.

prazos para esse procedimento especial menores que os dos processos ordinários administrativos⁸¹⁰.

A celeridade de trâmite desse processo é essencial quando se fala em violação aos direitos fundamentais, pois esses direitos, se realmente violados, devem ser prontamente restabelecidos.

O objeto do processo de amparo ordinário administrativo é voltado para o questionamento judicial de um agir da administração pública sujeito ao direito administrativo⁸¹¹.

O interessado que considera ter tido seus direitos fundamentais violados por atos administrativos praticados pelos agentes dos poderes públicos poderá escolher entre interpor o amparo ordinário administrativo ou processo ordinário administrativo comum ou abreviado ou ainda ingressar com ambos ao mesmo tempo. Entretanto, não é admissível que o interessado primeiro ingresse com o amparo ordinário administrativo e, após obter uma sentença firme desfavorável nesse processo, ele ingresse com as mesmas demandas em um processo ordinário administrativo comum ou abreviado⁸¹². Trata-se de uma questão de economia processual, pois já foi obtida uma sentença firme a respeito daquela demanda. Logo, não faz sentido permitir que se ingresse com a mesma demanda por meio de outro rito processual.

O legitimado ativo para o amparo ordinário administrativo não está expresso nos arts. 114-122 da lei 29/1998, por isso aplicam-se subsidiariamente os demais dispositivos da mesma lei 29/1998. Dessa maneira, são legitimadas as pessoas físicas e jurídicas, individuais e coletivas, entes sem personalidade jurídica e os menores de idade (sem necessidade de ser representados). O Ministério Público e o Defensor do povo também são legitimados ativos (art.162.1.b CE/1978).

O sujeito passivo é a Administração Pública como réu principal (art.21.1.'a' lei 29/1998) e como co-réus, os agentes da administração titulares de direito subjetivo ou mero interesse (art.21.1.'a' lei 29/1998).

⁸¹⁰ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.690.

⁸¹¹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.690.

⁸¹² SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p.691.

O legislador, quanto à competência objetiva, entendeu que deveria ser obedecido o princípio da hierarquia do ato para estabelecer qual tribunal, em primeira ou única instância, seria competente para julgar o amparo ordinário administrativo. Assim, de acordo com a hierarquia do órgão administrativo que concretizou o ato impugnado é que se definirá a competência (arts. 8-12, lei 29/1998).

O art. 14 da Lei 29/1998 apresenta regras para estabelecer a competência territorial. A primeira delas diz que a competência territorial é a do Tribunal do local da sede do órgão da Administração Pública responsável pela prática do ato impugnado. A segunda informa que a demanda contra atos da Administração Pública em matéria de responsabilidade patrimonial, pessoal, propriedades especiais e sanções será competente, à escolha do demandante, o tribunal do local do domicílio do autor ou do lugar da sede do órgão administrativo do qual emanou o ato originário impugnado (em se tratando de ato das administrações das comunidades autônomas ou das entidades da administração local, a escolha é limitada à circunscrição do Tribunal Superior de Justiça do lugar da sede do órgão administrativo do qual emanou o ato originário impugnado). E, por fim, a terceira regra, quando forem impugnados atos de planejamento e urbanização, expropriações e, em geral, atos que envolvam a intervenção administrativa na propriedade privada, a competência territorial é do órgão jurisdicional da comarca em que se situa o imóvel afetado por atos administrativos de intervenção na propriedade privada.

Se o ato originário impugnado afetar diversos destinatários e forem vários os tribunais competentes, segundo as regras do art.14.1 da lei 29/1998, a competência é do órgão jurisdicional lugar da sede do órgão administrativo do qual emanou o ato originário impugnado (art.14.2 da lei 29/1998).

O amparo ordinário administrativo se inicia com a peça de interposição escrita que deve ser breve e solicita a iniciação do processo administrativo, a admissão do autor como parte demandante, identifica o órgão da Administração Pública que realizou o ato impugnado e como essa ação administrativa violou os direitos fundamentais (art. 45 lei 29/1998). Esse procedimento especial é sumário, ou seja, possui prazos mais exíguos que o processo administrativo ordinário comum, os quais são apresentados no art.115 da lei 29/1998.

Ressalta-se que esse procedimento especial sumário com prazos reduzidos marca a importância que o legislador espanhol dá para a tutela célere dos direitos fundamentais, entre eles, o de liberdade religiosa.

O prazo para interposição do amparo ordinário administrativo é de 10 dias úteis, contados a partir do dia seguinte à notificação do administrado da prática do ato impugnável, publicação da disposição impugnada ou pedido para que cesse ou caducidade do prazo estabelecido para resolução. É um prazo improrrogável nos termos do art. 128.1 lei 29/1998. Os prazos para o amparo ordinário administrativo correm normalmente no mês de agosto (art. 128.2 Lei 29/1998), durante o recesso judiciário. E existem outros prazos especiais descritos nos arts. 29 e 30 da lei 29/1998.

Em relação às cautelares, não há especificidades para o procedimento especial de amparo ordinário administrativo e aplicam-se as regras do processo administrativo comum - arts. 129-136 lei 29/1998. Para situações que não se enquadrem nas disposições desses dispositivos, aplicam-se subsidiariamente os arts. 721 a 747 da LEC. Assim, podem ser requeridas quaisquer medidas cautelares que assegurem a efetividade da sentença antes do início do procedimento ou no seu curso (arts. 129.1 cc 136.2 lei 29/1998).

No mesmo dia da apresentação do procedimento especial de amparo ordinário administrativo, o escrivão, juntando cópia da peça de interposição do amparo, solicitará com urgência ao órgão administrativo demandado que, no prazo máximo de 5 dias contados da recepção dessa comunicação, preste ao Tribunal suas informações, com os relatórios e dados que considerar pertinentes (art. 116 lei 29/1998).

O Tribunal, ao receber o procedimento especial de amparo e prestação de informações, relatórios e dados pertinentes do órgão público demandado, ou ultrapassado o prazo para recebê-los, emitirá um despacho, no mesmo dia ou no dia seguinte, ordenando o prosseguimento do processo ou notificando os envolvidos das razões pelas quais considerou o processo de amparo ordinário inadmissível (art.117.1 lei 29/1998). Na hipótese do Tribunal considerar o amparo ordinário administrativo inadmissível, intimará as partes e o Ministério Público a comparecer a audiência que se realizará em cinco dias, na qual ouvirá a ambos sobre a causa originária de interposição do procedimento especial de amparo (art.117.2 lei 29/1998). No dia seguinte, o Tribunal despacha mandando seguir o procedimento especial de amparo administrativo ou decide pela inadmissibilidade do procedimento (art.117.3 lei 29/1998).

Após o Tribunal decidir pelo prosseguimento do procedimento especial de amparo, o escrivão apresentará ao demandante os autos e demais diligências para

que, no prazo improrrogável de oito dias, formalize a demanda e junte os documentos que lhe aprouver (art.118 lei 29/1998). Formalizada a demanda, ela é remetida ao Ministério Público e aos demandados para que apresentem suas alegações e documentos que julguem oportunos, no prazo improrrogável de 8 dias (art.119 lei 29/1998).

Finalizado o prazo para contestação ou decorrido o prazo para sua realização, o Tribunal profere sua decisão, no dia seguinte, a respeito da recepção das provas. O período de provas máximo é de 20 dias comuns para sua proposição e realização na prática (art. 120 lei 29/1998).

Concluído o processo, o Tribunal apresentará a sua decisão no prazo de cinco dias. A sentença dará provimento ao demandado quando a prestação, ação ou ato incorrer em infração ao ordenamento jurídico vigente e violar o direito fundamental constitucionalmente tutelado (art. 121.1 e 2 lei 29/1998).

Contra os acórdãos dos Tribunais Contencioso-Administrativos caberá recurso (apelação ou cassação) que tem um único efeito (art. 121.3 lei 29/1998).

O amparo ordinário administrativo em relação a tutela dos direitos fundamentais, como o de liberdade religiosa, pode ser considerado um instrumento processual efetivo. Isso porque prioriza tais direitos e os processa de forma célere.

5.6 AMPARO ADMINISTRATIVO ESPECIAL PARA TUTELA DO DIREITO DE REUNIÃO

O direito de reunião é reconhecido em diversos tratados e textos internacionais, como Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948⁸¹³ (art. 20.1), Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950⁸¹⁴ (art. 11), Pacto

⁸¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 20 abr. 2022.

⁸¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PADISC) de 1966⁸¹⁵ (art. 21), entre outros.

Na Espanha, o artigo 21.1 da Constituição/1978 traz o direito de reunião pacífica e sem arma, sendo que o exercício desse direito, em regra, não necessitará de autorização prévia. Assim, essas reuniões que ocorrem em locais fechados não possuem limitações. O art. 53.2 CE/1978 aplica-se ao direito de reunião, devendo ser um procedimento preferencial e sumário.

Por outro lado, o art. 21.2 CE/1978 estabelece que quando se tratar de lugar de trânsito público e manifestações será preciso comunicação prévia à autoridade pública, que apenas atuará para vedar tais reuniões se houver razões fundadas para crer que ocorrerá perturbação da ordem pública que possa colocar em risco pessoas ou bens. De tal sorte que há um limite constitucionalmente estabelecido ao exercício do direito de reunião em locais de trânsito: não é permitida a perturbação da ordem pública a ponto de criar risco para pessoas ou bens.

Cumprе lembrar que as reuniões e manifestações realizadas devido a campanhas eleitorais são reguladas pela lei eleitoral (art.54).

A Lei Orgânica 9/1983, 15 de julho⁸¹⁶, regulamenta o art. 21 da CE/1978. Essa lei estabelece que o exercício do direito de reunião é garantido por um procedimento sumário na seara judicial, que é justamente o amparo administrativo especial para tutela do direito de reunião (arts. 8-11 LO9/1983).

Não é o encontro de qualquer grupo de pessoas que é considerado reunião. Para tanto, é preciso que mais de 20 pessoas, previamente acordadas, se reúnam com uma finalidade específica (art.1.1 da LO9/1983).

A própria Lei Orgânica 9/1983, em seu artigo 2º, apresenta as situações em que não se deve aplicar tal lei. A primeira se dá quando a reunião é um encontro de pessoas físicas em suas próprias casas. A segunda ocorre quando é realizada por indivíduos em locais públicos ou privados por motivos familiares ou de amizade. A terceira situação refere-se a reuniões de associações, entidades, sociedades,

⁸¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021.

⁸¹⁶ ESPANHA. **Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión**. «BOE» núm. 170, de 18/07/1983. Disponível em <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1983-19946>. Acesso em 30 abr. 2022.

fundações, cooperativas, organizações empresarias, partidos políticos, sindicatos e outras entidades legalmente constituída, em locais fechados, para seus membros e pessoas nominalmente convidadas. Outra, as reuniões que os profissionais realizam com seus clientes para exercício de fins próprios da profissão. E, por fim, as reuniões que se celebrem em estabelecimentos militares são regidas por legislação própria.

Importante lembrar que o art. 11 da LO9/1983 remete ao art. 7.6 da lei 62/1978, que foi revogado pelo art. 122 da Lei 29/1998. Assim, em caso de vedação ao exercício do direito de reunião ou sua modificação, os promotores do evento poderão interpor procedimento especial contencioso administrativo para o Tribunal competente. Deve ser interposto no prazo de 48 horas após a notificação da proibição ou modificação do evento. Interposto o procedimento especial pelos interessados, o escrivão do Tribunal, no prazo improrrogável de 4 dias, convocará o representante legal da Administração Pública, o Ministério Público e os recorrentes para audiência. O Tribunal ouvirá a todos, dará direito ao contraditório e resolverá a questão. A decisão do Tribunal somente poderá manter ou revogar a proibição ou as modificações da reunião propostas (art. 122 Lei 29/1998). Dessa sentença proferida pelo Tribunal cabe recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional.

Vicente Gimeno Sendra *et al* ressaltam que a regulamentação feita pelo art. 122 da lei 29/1998 tem diversas lacunas, ainda não preenchidas pelo legislador em normas posteriores⁸¹⁷.

Na edição do art. 122 lei 29/1998 houve grande preocupação com a celeridade – o que é positivo para assegurar que cesse, imediatamente, qualquer violação aos direitos fundamentais. Entretanto, faltou apontar qual é o conteúdo mínimo do amparo administrativo especial para tutela do direito de reunião e se as

⁸¹⁷ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 725. *“Las numerosas lagunas contenidas en el mencionado art. 122 LJCA se deben, sin duda, al deseo del legislador de resolver rápidamente el conflicto, máxime si se tienen en consideración los breves plazos de solicitud de la autorización previstos en el art. 8 de la LO 9/1983 (un mínimo de diez días antes de la reunión o manifestación o, incluso, cuando existan causas extraordinarias y graves, con veinticuatro horas de antelación). Ello no obstante, dichas lagunas deberían haberse corregido por el legislador y haber hecho una mínima referencia, cuando menos, al contenido del escrito de interposición (que habrá de revestir la forma de demanda) y a la posibilidad o no de practicar prueba (no hay una sola mención a este fundamental extremo). Del mismo modo, la forma que ha de tener la «decisión» del Tribunal debería ser la de las Sentencias (art. 245.I.c) LOPJ, y así parece desprenderse, también, del tenor literal del art. 86.2.c) LJCA). Contra dicha Sentencia cabe interponer recurso de amparo ante el TC”.*

provas são documentais e apresentadas no momento do ingresso com o processo ou se é possível a produção de provas no curso processual.

5.7 AMPARO TRABALHISTA

Os direitos fundamentais foram originalmente concebidos como limites aos poderes do Estado. Trata-se de uma concepção clássica dos direitos públicos subjetivos que consiste em vindicações do indivíduo frente ao Estado, tido como exclusivo detentor do poder. Entretanto, atualmente, constatou-se que o Estado não é o único detentor do poder, já que, na prática, determinados particulares também possuem poder. Sendo assim, os direitos fundamentais também devem ser entendidos como limites ao poder de particulares.

O direito do trabalho regulamenta uma seara essencial para as boas relações sociais, sendo fundamental para o desenvolvimento econômico e o bem-estar da sociedade.

As negociações no âmbito laboral são marcadas por posições negociais desiguais entre empregador e empregado, sendo aplicável a horizontalidade dos direitos fundamentais. De acordo com Francisco Pedro Jucá:

“O processo da construção dos consensos é político. Trata-se de relações reais e efetivas de poder, em graus e formas das mais variadas, e a estruturação política mais estável e experimentada, ainda que em permanente crise e ameaça de fragilização, é o Estado. Ele é o aparelho por excelência de mediação, de ajustamento entre os setores e fragmentos concorrentes da sociedade, e seu mecanismo e ferramenta de ação vêm a ser o direito, exatamente porque, exercente a chamada face interna da soberania como vontade imperativa incontestável, impõe coercitivamente limites às condutas, condiciona o exercício de vontades e seleciona o legitimado na convivência”⁸¹⁸.

A aplicação da teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico espanhol fundamenta-se nos arts. 1.1, 9.1 e 10.1 da CE/1978. Notadamente o art. 9.1 CE, que determina que os

⁸¹⁸ JUCÁ, Francisco Pedro. **Dimensões do trabalho humano e tutela jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. I, p. 169, 2016.

cidadãos, assim como os poderes públicos, estão sujeitos à Constituição e a todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais e liberdades públicas dos arts. 14-29 e 30.2 da CE/1978 também devem ser protegidos no âmbito das relações laborais, inclusive o direito à liberdade religiosa. Para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, aplica-se o art. 53.2 CE, de tal sorte que ante os Tribunais ordinários deve-se adotar um procedimento baseado nos princípios da preferência e da sumariedade e, se for o caso, através do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. Para lançar mão do amparo constitucional, primeiramente é preciso esgotar a instância ordinária.

A liberdade ideológica e religiosa é um direito subjetivo que se faz presente nas relações privadas e, na seara laboral, é um tema sensível ao se averiguar a colisão do direito fundamental de liberdade religiosa com o princípio da autonomia da relação contratual privada, das empresas, das organizações religiosas e sistema de liberdades civis vigente no país.

Os debates sobre até onde vai a autonomia na relação contratual privada quando em choque com direitos fundamentais dos trabalhadores têm sido feitos pelo Tribunal Constitucional caso a caso. Ou seja, não há uma máxima do TC que determina que os direitos fundamentais dos obreiros devem sempre prevalecer sobre a autonomia privada contratual.

A Lei de Processo Laboral, doravante representada pela sigla LPL, Lei 36/2011, 10 de outubro⁸¹⁹, apresenta o amparo laboral que está regulado no título II do livro II da LPL, denominado “Das modalidades processuais”. E, ainda, a LPL regula o processo de amparo laboral nos arts. 177 a 184, parte do capítulo XI – “De la tutela de los derechos fundamentales y liberdades públicas” – do Título II – “Das modalidades procesales” do Livro II “Del proceso ordinario y las modalidades procesales”. Aplicam-se ao amparo laboral, subsidiariamente, as disposições estabelecidas para o processo do trabalho comum (arts. 76 até 101 LPL).

O amparo trabalhista é um processo especial, preferencial e sumário concebido para proteção dos direitos fundamentais reivindicados pelos trabalhadores ou sindicatos, em lides individuais ou coletivas trabalhistas. É especial porque a

⁸¹⁹ ESPANHA. **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social**. «BOE» núm. 245, de 11/10/2011. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>. Acesso em 30 abr. 2022.

matéria contenciosa é voltada para assegurar a aplicação efetiva dos direitos fundamentais previstos nos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. Tanto na primeira instância quanto na apelação, o amparo laboral tem tramitação preferencial em relação aos demais processos que se encontram no Tribunal (art. 179.1 LPL). A sumariedade se concretiza por meio da celeridade, que se dá por prazos mais exíguos, pois os prazos do amparo laboral são bem inferiores aos do processo laboral comum (art. 181.1 e 3 para o amparo laboral e arts. 82.1, 88.1 e 97.1 para o processo laboral comum).

O art. 184 da LPL estabelece que as violações aos direitos fundamentais e liberdades públicas de trabalhadores em alguns processos especiais trabalhistas devem ser discutidas no âmbito do próprio procedimento especial e não nos termos do amparo laboral do capítulo XI da LPL.

Assim, o processo de demissão, mesmo que tenha alegação de violação a direitos fundamentais, será regido pelo procedimento especial dos arts. 103-113 LPL, o processo de extinção do contrato de trabalho, seja por motivos objetivos, seja por outras causas de rescisão, será processado de acordo com o procedimento previsto nos arts. 120-124 LPL. Também seguem procedimentos específicos os conflitos envolvendo gozo de férias (arts. 125-126 LPL), de matéria eleitoral a respeito do exercício dos direitos de representação coletiva (arts. 127-136 LPL) e, finalmente, os litígios envolvendo questionamentos ao estatuto dos sindicatos ou suas modificações (arts. 165-174) e a contestação das convenções coletivas (art. 161-164). Sendra *et al* concluem que o amparo laboral regulado pelo capítulo XI da LPL é voltado apenas para a proteção do direito fundamental à liberdade sindical (art. 28 CE/1978)⁸²⁰.

O trabalhador ou sindicato que considera que seus direitos fundamentais foram violados pelo empregador possui dois caminhos processuais: amparo laboral e processo trabalhista ordinário. Se optar pelo amparo laboral, deve limitar a sua demanda a questionar os direitos fundamentais violados sob pena de não recebimento da inicial por inadequação da via processual eleita (art. 177.4 LPL). Além disso, se o reclamante optar pelo amparo laboral deve respeitar as limitações do art. 184 LPL.

O art. 184 LPL determina que lides trabalhistas envolvendo extinção do contrato de trabalho, férias, discussões sobre estatuto sindical, contestação das convenções coletivas devem ser regidos pelos seus próprios procedimentos especiais

⁸²⁰ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 733

mesmo se a parte estiver discutindo no âmbito desses processos violação a direitos fundamentais. Portanto, tais procedimentos devem se adequar às determinações do art. 53.2 CE/1978. Isso porque o procedimento ordinário para efetivação dos direitos fundamentais, por mandamento constitucional, tem que ser preferencial e sumário ⁸²¹.

O obreiro ou sindicato que teve seus direitos fundamentais violados e também quer a tutela de outros direitos trabalhistas pode optar pelo processo comum trabalhista. Embora seus prazos sejam mais estendidos, é um procedimento relativamente rápido porque é baseado nos princípios da oralidade, imediatismo, concentração dos atos e antiformalismo que norteiam o processo laboral. A vantagem que o interessado possui em optar pelo processo comum laboral é que não fica limitado a alegar apenas matérias afetas à violação aos direitos fundamentais (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978).

Em relação à utilização sucessiva do amparo laboral e do processo ordinário trabalhista, é preciso fazer duas considerações. Em primeiro lugar, não é possível usar inicialmente o processo comum laboral e depois o amparo laboral, pois no comum a sentença tem cognição ilimitada e produz efeitos de coisa julgada para o amparo laboral (arts. 222, 400 e 421 LEC). Em segundo lugar, a parte pode primeiro ingressar com o amparo laboral e depois com o processo comum laboral, sendo que no último o autor deve limitar os seus pedidos a questões trabalhistas e de legalidade ordinária que não são discutidas no amparo laboral. O que se traduz em uma medida de economia processual.

Deve ser ressaltado que o amparo laboral não pode ser simultâneo a ações de outra natureza (art. 178 LPL) e aos procedimentos especiais do art. 184 da LPL.

Interessante observar que o processo comum trabalhista não possui as limitações materiais do amparo laboral, sendo de cognição ampla. Assim, a parte pode discutir as violações aos seus direitos fundamentais no processo ordinário trabalhista.

O objeto do amparo laboral é a violação de um direito fundamental ou liberdade pública (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978), do trabalhador ou do sindicato, tais como direito de associação, greve, proibição de tratamento discriminatório e assédio, contra o empregador ou contra terceiros ligados ao empregador a qualquer título,

⁸²¹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 734

quando a violação ao direito fundamental possuir uma ligação direta com a prestação do serviço laboral.

Os legitimados ativos, de acordo com o art. 177.1 LPL, são quaisquer trabalhadores ou uma pessoa que não tem vínculo laboral, mas diz que teve seus direitos fundamentais violados no âmbito de prestação de serviços dentro do âmbito do direito do trabalho. Possuem legitimidade ativa as pessoas jurídicas, os grupos ou os entes sem personalidade jurídica. Os sindicatos são legitimados ativos na qualidade de parte principal, ao defenderem um interesse legítimo e próprio distinto dos interesses de seus filiados. Ainda, de acordo com o art. 177.2 LPL, os sindicatos podem atuar como coadjuvantes do trabalhador sindicalizado (autor principal). O Ministério Público sempre será parte nos processos de defesa dos direitos fundamentais e liberdades públicas, com a função de zelar pelo restabelecimento do direito fundamental do demandante e, ainda, apurando as condutas delitivas (art. 177.3 LPL). Por fim, apesar do silêncio da LPL, o Defensor do Povo possui legitimidade para ajuizar ações perante a ordem jurisdicional laboral (art. 54 CE/1978).

Essa ampla legitimidade dos sujeitos ativos é relevante por ampliar o acesso ao Poder Judiciário e possibilitar que qualquer trabalhador tenha sua causa apreciada.

O sujeito passivo do amparo laboral pode ser pessoa física ou jurídica, privada ou pública, ou ainda ente sem personalidade jurídica que, no âmbito de relações de trabalho, causou lesões a direitos fundamentais e liberdades públicas de outrem (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978).

Em regra, se a lesão ficou restrita ao âmbito provincial é competente o Tribunal Social da circunscrição do local em que se produziu a lesão ao direito fundamental (arts. 6 e 10.2.f, LPL). Se a lesão excede o âmbito provincial, mas fica dentro dos limites da Comunidade Autônoma, são competentes as Câmaras Sociais do Tribunal Superior de Justiça (arts. 7.a e 11.1.d LPL). Por fim, se a lesão se estender além no nível da comunidade autônoma, será competente a Câmara Social do Tribunal Nacional⁸²².

Em relação à competência funcional, as Câmaras Sociais do Tribunal Superior de Justiça são aptas para avaliar o recurso de apelo (recurso extraordinário

⁸²² SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 743

e devolutivo – art. 191 LPL) e os recursos das sentenças proferidas pelos Tribunais Sociais de sua circunscrição (art. 190.1 LPL). A Câmara Social do Tribunal Supremo é competente para conhecer o recurso de cassação interposto contra sentença proferida em única instância pelas Câmaras Sociais dos Tribunais Superiores de Justiça e pelas Câmaras Sociais de Audiência Nacional (art. 205.1 LPL)⁸²³.

A peça inaugural do amparo laboral é um documento escrito que preencha os requisitos dos arts. 2 e 3 LPL. O amparo laboral deve ser proposto dentro do prazo geral de prescrição ou caducidade da ação previsto para as condutas ou atos que violem direitos fundamentais e liberdades públicas (art. 59.1 do Estatuto do Trabalhador). Devido à importância da matéria – violação aos direitos fundamentais e liberdades públicas – os prazos não estão suspensos no mês de agosto e correm normalmente (art. 43.4 LPL).

Na inicial, o autor deve se expressar com clareza a respeito dos atos praticados pelo sujeito passivo que lesaram os seus direitos fundamentais e de que forma essa lesão se deu, qual a sua extensão, além de apresentar adequada especificação dos danos e prejuízos e qual a indenização pretendida (art. 179.3 LDL). Ou seja, o autor da ação deve delimitar a lesão ao direito fundamental que ele sofreu e quais medidas e compensações financeiras espera receber. Assim, não é possível ingressar com o processo dizendo apenas que o direito de liberdade religiosa foi violado pelo empregador, antes, é preciso dizer: qual aspecto foi violado - liberdade de consciência e crença, de manifestação religiosa, de reunião ou de culto; de que forma foi desrespeitado; qual extensão e quais os prejuízos advindos dessa violação e, se pretender ser ressarcido financeiramente, qual o valor da indenização pretendida.

No amparo laboral, é fundamental para que o procedimento especial seja aceito pelo Tribunal que o sujeito ativo deixe claro de que forma a sua pretensão está relacionada com a tutela dos direitos fundamentais e liberdades públicas sob pena de inadmissão da demanda (art.179.4 CE/1978).

Quando o demandante tem uma queixa pertinente contra a Administração Pública não precisa esgotar a via administrativa antes de ingressar com amparo

⁸²³ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 743

laboral (art. 70 LPL). Também está dispensado de passar pelos serviços de mediação, conciliação e arbitragem antes de entrar com o amparo laboral (art. 64.1 LPL).

Em relação às medidas cautelares, entre outras possibilidades elencadas no artigo 180 da LPL, destacam-se os tópicos a seguir. O demandante pode requerer na petição inicial as medidas cautelares, como a suspensão dos efeitos do ato impugnado e todas as medidas processuais necessárias para assegurar o cumprimento da sentença. O julgador pode determinar a suspensão dos efeitos do ato impugnado quando existe a possibilidade da sua continuidade causar danos ao autor que acabaram por tornar o direito requerido no amparo laboral perca a sua finalidade (tal suspensão não pode causar perturbação grave ou violar outros direitos fundamentais) – art.180.1 LPL.

Na hipótese de se questionar a violação da liberdade de associação, o julgador somente suspenderá os efeitos do ato impugnado quando essa lesão impedir candidatos de participarem do processo eleitoral ou do exercício das funções representativa ou sindical (negociação coletiva, reestruturação da força de trabalho) ou outras questões que causem danos irreparáveis – 180.2 LPL.

As medidas cautelares, em caso de greve, podem abordar apenas a manutenção do mínimo essencial de funcionários trabalhando para dar continuidade à prestação dos serviços essenciais para a sociedade e atos referentes à designação de mão de obra para retomada das atividades posteriormente. O julgador decidirá, mantendo, modificando ou revogando as nomeações desse pessoal, conforme as propostas apresentadas pelas partes, da forma que ele entender mais apropriada a atender ao bem de todos.

Na hipótese de ser proteção contra assédio sexual, o autor pode pedir uma cautelar de suspensão da relação de trabalho, dispensa da prestação de serviços, transferência de cargo ou departamento e outras medidas para que a sentença quando proferida tenha efetividade. Diante de qualquer medida cautelar requerida que afete o suposto assediador, o juiz abrirá o contraditório.

As medidas cautelares são marcadas pela sua rápida tramitação: no dia seguinte à admissão da inicial, o oficial de justiça notificará o Ministério Público e as partes, para que no dia e hora indicados (agendado dentro das próximas 48 horas), compareçam à audiência preliminar, na qual só se discutem temas afetos à medida cautelar – tais como justificativas e proporcionalidade das cautelares, e ainda, a demonstração por parte do requerente do risco para a eficácia da sentença que a não

concessão daquela cautelar possa causar, sendo que o demandante deve fornecer, no mínimo, o início de prova a esse respeito. Se houver excepcional urgência, o julgador pode, de ofício, conceder a cautelar e depois chamar as partes e o Ministério para a audiência preliminar (art. 180.5 LPL). O julgador decidirá ao final da audiência e proferirá oralmente sua decisão, que será reduzida a termo e, se for o caso, ordenará que se cumpram as medidas cabíveis para resolução da situação (art. 180.6 LPL).

Admitido o amparo laboral, o oficial de justiça citará as partes para a sessão de conciliação e julgamento, no prazo máximo de 5 dias contados da admissão da inicial (exceto pelo prazo mais exíguo para o amparo laboral, os demais detalhes do procedimento de conciliação e julgamento seguem os ditames do processo trabalhista comum – art. 181.1 LPL). Durante o julgamento, apresentados os indícios de violação ao direito fundamental ou liberdade pública, caberá ao demandado fazer sua justificação, que deve ser objetiva e razoável, com provas, sobre aquilo a que se referem as medidas adotadas e sua proporcionalidade (art. 181.2 LPL).

O Julgador do Tribunal decide, proferindo a sentença em 3 dias contados da sessão de conciliação e julgamento, notificando imediatamente as partes e seus representantes (art. 181.3 LPL). Na sentença, o julgador dirá se houve ou não violação ao direito fundamental ou liberdade pública, quais foram os direitos e liberdades ultrajados, de que forma foram infringidos de acordo com o parâmetro constitucional de plena vigência do direito fundamental (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978).

O pedido feito na petição inicial é misto, declaratório e condenatório. No mesmo sentido é a sentença proferida pelo julgador, pois é declaratória, já que tem a função de declarar a existência ou não de violação aos direitos fundamentais e liberdades, a nulidade do ato impugnado pelo agir do empregador, administração pública entre outros); e condenatória, pois determina a anulação da atuação do demandado, ordem de cessação imediata dessa atuação violadora de direitos fundamentais e liberdade ou determinar uma obrigação de fazer, imediata, de exercer uma atividade que o demandante se omitiu. Além disso, tem a função de ordenar que seja restaurado na integralidade o direito fundamental e a liberdade pública violado do demandante, ou seja, deve voltar ao *status quo ante* e, ainda, ordenar a reparação das consequências negativas da ação ou omissão do demandado, inclusive indenização por danos morais e lucros cessantes (art. 183.1 LPL).

Na hipótese da sentença, na sua parte declaratória, proclamar que houve a violação aos direitos fundamentais e liberdades públicas, para as provas muito

difíceis ou onerosas, o julgador estabelecerá o montante da indenização de forma a compensar, razoavelmente, o demandante e, na medida do possível, fazê-lo retornar ao *status quo ante* da violação dos direitos fundamentais e liberdades públicas, e ainda, contribuir para a finalidade geral de prevenção do dano (art. 183.2 LPL).

Essa indenização deve ser razoável o suficiente para justificar uma extinção ou modificação do contrato de trabalho do demandante (art. 183.3 LPL). Na hipótese da parte ter ingressado com uma ação de indenização por danos e prejuízos devido a um delito, não pode pedir a indenização na ordem jurisdicional social enquanto a questão não for resolvida no âmbito penal com a absolvição ou condenação criminal firme. O prazo de prescrição da ação fica interrompido na via social (art. 183.3 LPL).

Se o julgador considerar que houve má-fé da parte poderá arbitrar uma multa que pode variar de 180 a 6.000 euros de acordo com a capacidade econômica do causador do dano e a extensão dos danos ao processo causados por sua atuação com má-fé. A multa não ultrapassará o valor da causa (arts. 97.3 cc 75.4 LPL).

A quarta Câmara do Tribunal Superior, na sentença nº 9 de 1993, uniformizou o entendimento no sentido de que não é preciso provar que houve o prejuízo porque, a partir do momento em que se declara que ocorreu uma violação aos direitos fundamentais e liberdade públicas (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978), o dano passa a ser presumido, e por isso já deve ser estabelecida uma indenização⁸²⁴.

A definição de qual é o órgão competente para julgar os recursos interpostos contra as decisões produzidas em sede de amparo laboral dependerá de qual órgão jurisdicional proferiu a sentença. As sentenças dos Tribunais Sociais em qualquer tipo de matéria podem ser questionadas pelo recurso perante a Câmara Social do Tribunal Superior de Justiça (art. 7.b e 191 LPL), salvo previsão expressa na lei em sentido contrário (por exemplo, as do art. 191.2 LPL). Das sentenças prolatadas em única instância pelas Câmaras Sociais dos Tribunais Superiores de Justiça e pela Câmara Social da Audiência Nacional caberá recurso de cassação que deve ser interposto perante a quarta Câmara do Tribunal Supremo (arts. 9 e 203.1 LPL).

⁸²⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 750.

Existe ainda o recurso de cassação para a unificação da doutrina, regulado nos arts. 218-228 LPL. Esse recurso é interposto contra as sentenças ditadas pelas Câmaras Sociais dos Tribunais Superiores de Justiça que foram contraditórias entre si, que contrariaram outras Câmaras dos Tribunais Superiores ou sentenças do Tribunal Supremo, em relação aos mesmos litigantes ou outros, em idêntica situação fática, mesmos fundamentos e reivindicações. A utilização desse recurso pode acabar sendo um pressuposto de admissibilidade do amparo constitucional⁸²⁵.

A eficácia da sentença proferida em sede de amparo laboral é entre as partes do processo e não *erga omnes*. Isso se depreende da interpretação do art. 164.1 CE, uma vez que nos processos de amparo, em geral, refere-se à apreciação subjetiva de um direito.

O TC tem tido o cuidado de fazer uma análise minuciosa dos casos de violação ao direito de liberdade religiosa no âmbito da relação laboral. Existem diversas orientações do TC para os demais julgadores a respeito dos critérios a ser considerados em cada caso. Assim, os processos trabalhistas, em geral, têm atendido bem as partes nas questões relacionadas à violação ao direito de liberdade religiosa na seara laboral.

5.8 RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

O Tribunal Constitucional exerce sua jurisdição em todo o território da Espanha, é independente dos demais órgãos judiciais e não faz parte do Poder Judiciário. Está submetido somente às disposições da Constituição/1978⁸²⁶ e à sua própria lei orgânica 02 de 1979⁸²⁷.

O referido Tribunal é constituído por doze membros nomeados pelo Rei, sendo 4 propostos pelo Congresso e 4 sob proposta do Senado (em ambos, pela

⁸²⁵ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 750.

⁸²⁶ ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

⁸²⁷ ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. BOE núm. 239, de 05/10/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

maioria de 3/5 dos seus membros), 2 sob proposta do Governo e 2 sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Para poder ser membro do Tribunal Constitucional é preciso ser magistrado, membro do Ministério Público, professor de universidade, funcionário público ou advogado, além de jurista com reconhecida competência e mais de 15 anos de exercício profissional. Os membros do tribunal são designados por nove anos e são renovados por terças partes, a cada três anos. A função de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com exercício simultâneo de qualquer outra atividade profissional ou comercial e, ainda, está sujeita às mesmas incompatibilidades dos membros do Poder Judiciário. Os membros do Tribunal Constitucional também são independentes e inamovíveis no exercício do mandato (art.159 CE/1978).

Interessante observar a preocupação que o Constituinte de 1978 teve em garantir que os membros do Tribunal Constitucional tivessem independência funcional. Seus membros são indicados por quatro Instituições que representam poderes públicos distintos (Congresso, Senado, Governo e Judiciário) para mandatos de nove anos com a renovação da terça parte a cada três anos. Com isso, diminui-se o risco de domínio de uma ideologia, seja ela política ou filosófica. E não ocorre o engessamento das ideias, e, principalmente, a subserviência da Corte Constitucional a interesses políticos.

O Tribunal Constitucional, guardião e intérprete da Constituição/1978, é competente para conhecer: do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei; do recurso de amparo constitucional por violação dos direitos fundamentais e liberdades públicas (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978); dos conflitos de competência entre Estado e as Comunidades Autônomas ou destas entre si; das demais matérias que lhe confirmam a Constituição ou as leis orgânicas (art.161 CE/1978). Essa última atribuição do TC é uma cláusula aberta, ou seja, o Constituinte optou por abrir a possibilidade de outras competências serem atribuídas ao TC, desde que pela própria Constituição ou por lei orgânica.

O TC possui competência para julgar as ações de controle de constitucionalidade. Por isso, se for preciso declarar a inconstitucionalidade de certa lei no curso do julgamento do recurso de amparo, a Câmara do TC responsável deverá levar a questão ao Pleno da Corte (com suspensão do prazo para a Câmara do TC proferir a sentença). O Pleno tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei em caráter geral e com força obrigatória. Observe que se trata de um meio

indireto do particular levar uma norma violadora de direitos fundamentais a ter sua inconstitucionalidade apreciada pelo TC.

O recurso de amparo constitucional possui dupla finalidade, sendo a primeira delas a tutela em sede constitucional dos direitos e liberdades (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978) quando as vias ordinárias não realizarem tal proteção (finalidade designada pelo art. 53.2 CE/1978). A segunda finalidade é a defesa do texto Constitucional em si – defesa objetiva da Constituição/1978. Todos os poderes públicos devem seguir os entendimentos do TC a respeito das normas constitucionais. Isso porque ele é o intérprete da Constituição (art.1 LO2/1979).

Os atos do Poder Legislativo lesivos aos direitos fundamentais e liberdades públicas são julgados, originariamente, pelo Tribunal Constitucional (primeira e única instância- art. 42 LO2/1979). Por outro lado, os recursos de amparo contra atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário só serão recepcionados pelo TC se forem antes esgotadas as vias judiciais ordinárias (arts. 43 e 44 LO2/1979).

De acordo com art. 41 da LO2/1979⁸²⁸, o recurso de amparo constitucional não tutela todos os direitos fundamentais presentes na Constituição/1978, mas apenas os direitos fundamentais e liberdades públicas dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. Entretanto, a violação desses direitos pode se dar de forma indireta. É possível que em um processo envolvendo uma questão aparentemente não relacionada com direitos fundamentais seja cabível o recurso de amparo constitucional porque houve também uma violação de um dos direitos dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. Mesmo os direitos subjetivos públicos estabelecidos pela CEDH precisam estar ligados à violação um dos direitos dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978 para admissão do recurso de amparo. Entretanto, todos os poderes públicos e o TC, art. 10.2 CE, submetem-se à jurisprudência do TEDH, que pode ampliar o que é estabelecido como conteúdo dos direitos fundamentais dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. A partir dessa extensão material, passa a ser cabível o recurso de amparo constitucional⁸²⁹.

⁸²⁸ ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. BOE núm. 239, de 05/10/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acesso em 01 mar. 2022. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LO2/1979, doravante representada pela sigla LOTC.

⁸²⁹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 760.

A pretensão no recurso de amparo constitucional é limitada, somente pode ser a preservação ou restabelecimento de direitos fundamentais e liberdades públicas diante de violações concretas e efetivas. Importante ressaltar que não é via adequada para se fazer julgamentos em abstrato, seja de uma norma, seja da correta aplicação dos preceitos constitucionais aplicados à situação concreta apresentada ao TC.

Os direitos fundamentais e as liberdades públicas são protegidos pelo ordenamento jurídico mediante a tutela com procedimentos especiais perante a jurisdição ordinária: amparo civil ordinário, amparo especial para a tutela do direito à honra, amparo sumário do direito de retificação, habeas corpus, amparo ordinário administrativo, procedimento especial do direito de reunião e amparo laboral. Um segundo nível de proteção se dá por meio do recurso de amparo ao Tribunal Constitucional, previsto na Constituição/1978 nos arts. 53.2, 161.b, 162.b e 164.1 e na Lei Orgânica 02 de 1979 (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).

Os tribunais ordinários, portanto, são os primeiros garantidores dos direitos fundamentais e das liberdades públicas no ordenamento jurídico espanhol. A tutela e defesa desses direitos e liberdades ante o Tribunal Constitucional é sempre subsidiária.

Pelo princípio da subsidiariedade, o recurso de amparo constitucional pode ser tido como um meio específico para proteção dos direitos fundamentais ante as decisões judiciais. O julgador do TC verá se ocorreu algum equívoco processual ou na análise do mérito pelo órgão judicial ordinário. Além da interposição dos procedimentos especiais na via ordinária, para que ocorra o esgotamento da via judicial prévia é preciso ingressar com os remédios processuais úteis para reparar a lesão ao direito fundamental.

A função do TC é ser o intérprete supremo da Constituição/1978 (art. 1 LO2/1979). Daí decorre o dever de assegurar uma interpretação uniforme da Constituição/1978. Para isso, o TC cria sua doutrina legal que se irradia e serve de parâmetro para os poderes públicos. Não é atribuição do TC conhecer os fatos que causaram a violação aos direitos fundamentais (colheita de provas) e executar as suas sentenças (técnica de reenvio à instância ordinária).

O recurso de amparo constitucional, devido ao seu objeto, que é a defesa da Constituição de 1978, tem natureza de um recurso especial de cassação das decisões contrárias à CE/1978⁸³⁰.

O cabimento do recurso de amparo requer que ocorra uma violação concreta e efetiva a um direito fundamental (dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978), que o ultraje a tal direito não encontre proteção no sistema ordinário de garantias (esgotamento das vias ordinárias) e, por fim, que a violação decorra de disposição, ato ou via de fato dos Poderes Públicos. Em relação ao esgotamento das vias ordinárias para interposição do recurso de amparo, o TC flexibilizou o seu entendimento e não mais exige que sejam interpostos recursos inúteis ou improcedentes para preenchimento desse quesito. Tal medida agilizou o caminho processual a ser percorrido pela parte para ter seu direito fundamental apreciado pelo TC.

Cumprе lembrar que não cabe recurso de amparo para apreciar um dispositivo legal ou pedidos puramente declaratórios. Tampouco cabe tal recurso baseado em suposições de que a entrada em vigor de certa norma pode gerar lesões a direitos fundamentais. Os casos que se referem a hipóteses gerais e abstratas de possíveis violações a direitos fundamentais, em geral, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade. No caso do recurso de amparo constitucional, é preciso existir uma lesão concreta, atual ou iminente a direitos fundamentais.

Podem ser sujeitos ativos do recurso de amparo constitucional todas as pessoas físicas (nacionais ou estrangeiras) ou jurídicas, individuais ou coletivas, que possuem interesse legítimo (obtenção de um benefício ou desaparecimento de um prejuízo), assim como, o Ministério Público e o Defensor do Povo (art. 162.1. 'b' CE/1978). Além disso, o Tribunal Constitucional reconheceu a legitimação ativa para ingressar com o amparo constitucional das entidades representativas de interesses coletivos, tais como sindicatos, entidades de classe e associações. Por fim, a parte deve estar assistida por um advogado.

Os legitimados ativos são tanto os titulares de um direito fundamental ou liberdades públicas como aqueles que foram parte com os titulares no processo

⁸³⁰ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 758.

judicial ordinário correspondente, desde que tenham interesse legítimo na questão em discussão jurídica. É admitida a intervenção de terceiros (art.47.1 LO2/1979) que possuem legítimo interesse jurídico no recurso de amparo.

Em sintonia com a primeira onda de acesso à Justiça, qual seja, a assistência judiciária aos hipossuficientes, o legislador buscou ampliar o acesso da população em geral à tutela dos direitos fundamentais e liberdades públicas feita pelo Tribunal Constitucional e por isso estabeleceu a gratuidade para o recurso de amparo constitucional. Tal gratuidade não inclui os honorários advocatícios, salvo se a parte alegar insuficiência de recursos financeiros e lhe for assegurada a assistência jurídica gratuita (art. 119 CE/1978)⁸³¹. O recurso de amparo ampliou o acesso à Justiça, notadamente em relação à defesa dos direitos fundamentais e as liberdades públicas.

Os sujeitos passivos do recurso de amparo constitucional, de acordo com o art. 41.2 da LO2/1979, são os poderes públicos do Estado, das Comunidades Autônomas e demais entes públicos de caráter territorial, corporativo ou institucional, assim como seus funcionários e agentes. No polo passivo da demanda estará o Poder Público, representado por seu agente público. Essa configuração do polo passivo denota a exigência de respeito aos direitos fundamentais e liberdades públicas presentes na CE/1978.

O particular por si só não pode figurar no polo passivo do recurso de amparo por expressa determinação do art. 41.2 LO2/1979. Entretanto, o demandante pode procurar a instância ordinária para reclamar do particular que lesou o direito fundamental e o TC pode rever como os Tribunais ordinários aplicaram a CE/1978. E ainda, pode figurar no recurso de amparo constitucional, na qualidade de demandado ou interveniente, o particular favorecido pela decisão, ato ou fato em razão do qual se formulou o referido recurso e que possui legítimo interesse na solução da demanda (art. 47.1 LO2/1979). Assim, em geral, no polo passivo da demanda tem-se os poderes públicos, mas os particulares também podem ocupar tal posição nessas situações específicas – o que denota a preocupação com a proteção aos direitos fundamentais, como o de liberdade religiosa. Essa ampliação do polo passivo demonstra que o

⁸³¹ A assistência jurídica gratuita é reconhecida no art.119 CE/1978 – que assegura a gratuidade da justiça para nacionais e estrangeiros com insuficiência de recursos financeiros para estar em juízo. Tanto o sujeito ativo quanto o passivo do recurso de amparo constitucional podem requerer tal assistência. O prazo para a interposição do recurso de amparo ficará suspenso enquanto estiver sendo decidida a assistência jurídica gratuita.

legislador espanhol se preocupou em ter o direito fundamental violado analisado pelo TC – um sistema de proteção a tais direitos que são essenciais em um Estado Social e Democrático de Direito.

Segundo Sendra *et all*, quando o particular figura no polo passivo na qualidade de demandado, o faz como um interveniente litisconsorcial ou como coadjuvante. No primeiro caso, os particulares demandados são afetados pelos efeitos materiais da coisa julgada, por isso são tidos como intervenientes litisconsorciais. E como tais, possuem a sua atuação processual limitada às funções que o ordenamento jurídico reserva ao litisconsorte. Por outro lado, a atuação dos particulares como coadjuvantes é marcada pelo legítimo interesse na conservação do ato supostamente violador de algum direito fundamental. Figuram como parte secundária do processo e estão limitados a fazer alegações de fato ou de direito e ajudar na formação do conjunto probatório que contribuem para a vitória do Poder Público demandado (parte principal)⁸³².

A fundamentação fática do recurso de amparo constitucional precisa conter o bem violado, que deve ser um direito fundamental ou liberdade pública (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978) e o objeto material constitui-se em uma violação a disposição⁸³³, atos⁸³⁴, omissão ou via de fato⁸³⁵ dos poderes públicos⁸³⁶. Ou seja, a lesão invocada

⁸³² SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 785: *“Sin embargo, en su calidad de litisconsorte, y como a él le afectarán los efectos ulteriores de la Sentencia, está legitimado para oponerse a los hipotéticos actos dispositivos de las partes que pudieran ocasionar la finalización anormal del proceso, para suplir mediante sus actos procesales los efectos de una conducta meramente pasiva del demandado; a él se le debe notificar las resoluciones judiciales y, contra ellas, podrá ejercitar la totalidad de los medios de impugnación, con independencia de la parte principal.”*

⁸³³ A única disposição normativa que podem fundamentar o recurso de amparo são os regramentos da Administração Pública, pois, as leis e disposições normativas com força de lei são analisadas no recurso de inconstitucionalidade (art. 31 LO2/1979) e questões de inconstitucionalidade (art.35.1 LO2/1979).

⁸³⁴ Os atos podem ser comissivos ou omissivos procedentes do Poder Executivo e do Poder Judiciário. A omissão ocorre quando cabe ao agente público realizar certo ato e ao não fazê-lo impede o exercício dos direitos fundamentais pelo usuário dos serviços públicos.

⁸³⁵ De acordo com Sendra *et all*. entende-se por vias de fato: *“Dentro del concepto de vía de hecho hay que entender las omisiones de la Administración a la realización de una prestación, impuesta por la Constitución, y de la cual depende el efectivo ejercicio de un derecho fundamental.”* SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 765.

⁸³⁶ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Díaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 762

pelo demandante deve ser real, concreta e efetiva. Essa concretude da lesão é essencial para que ocorra a tutela àqueles que possuem seus direitos fundamentais violados. Assim, não basta alegar que o direito de liberdade religiosa foi violado, antes disso é preciso especificar qual aspecto desse direito foi infringido (liberdade de consciência e crença, liberdade de expressão, liberdade de reunião e de culto) e ainda de que forma se deu tal violação.

A causa de pedir do recurso de amparo constitucional é a violação de um direito fundamental ou liberdade pública (arts. 14-29 e 30.2 CE/1978) por uma disposição, ato, omissão ou vias de fato dos poderes públicos. E o pedido consiste no requerimento de nulidade de tal disposição, ato ou vias de fato que causaram lesão a tais direitos (pedido declaratório) e o pedido condenatório de determinar ao poder público que reconheça e restabeleça o direito fundamental violado. A objetividade do recurso de amparo possibilita maior efetividade à tutela dos direitos fundamentais se comparado a sistemática brasileira, que tem sido mais abstrata e voltada a retirar do ordenamento jurídico a lei violadora dos direitos fundamentais.

De acordo com o art. 41.3 da LO2/1979, é admissível que no recurso de amparo constitucional seja formulado o pedido para preservação dos direitos tutelados nos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978, desde que seja uma ameaça real ligada a um caso concreto de iminente violação a tais direitos. Nesse caso, o demandante deve especificar na inicial quais medidas devem ser tomadas para que o livre exercício dos seus direitos fundamentais seja assegurado.

O recurso de amparo constitucional, fundado em ato ou omissão de órgão judicial, deve conter os pressupostos processuais do art. 44 da LO2/1979. A delimitação clara e precisa dos pressupostos processuais é outro ponto positivo da tutela de direitos fundamentais via recurso de amparo, pois a parte sabe exatamente o que precisa fazer para ter o seu recurso apreciado no mérito.

O primeiro pressuposto se refere ao objeto específico do recurso de amparo, que é a existência de uma decisão judicial capaz de causar uma violação, imediata e direta, aos direitos fundamentais dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. A exceção a essa regra fica por conta da aplicação da teoria da suposição judicial. Essa teoria tem como pressuposição a obrigação por parte dos juízes e tribunais ordinários de assegurar a efetiva proteção aos direitos fundamentais, inclusive nas relações privadas. E, na hipótese de o julgador não proporcionar a proteção requerida, a violação desse direito é atribuída ao Poder Judiciário (nesse caso a violação é mediata

e indireta). Por conta dessa exceção, a violação de direitos fundamentais entre particulares pode ser levada à apreciação do TC – via recurso de amparo constitucional.

Em qualquer caso, para que a decisão judicial seja questionada via recurso de amparo constitucional perante o TC é necessário que tal decisão seja definitiva e firme. A decisão definitiva é a proferida após o esgotamento de todos os meios de impugnação previstos nas regras processuais para o processo judicial ordinário (art. 44.1 LO2/1979). E a decisão é firme quando não há pendente nenhum meio de impugnação da decisão na via ordinária⁸³⁷.

O segundo pressuposto diz respeito à necessidade da violação ao direito fundamental dos arts. 14-29 e 30.2 CE/1978 estar formalmente denunciada no processo. O demandante deve apresentar ao julgador que não assegurou o restabelecimento do seu direito fundamental, um pedido de reconsideração da decisão. Nesse pedido, que pode ser escrito ou verbal, deve constar qual direito fundamental foi ultrajado pelo julgador e de que forma se deu tal violação. O demandante deve apresentar esse pedido de reconsideração imediatamente após a violação do direito fundamental pelo órgão judicial.

O terceiro pressuposto diz respeito à necessidade de esgotar a via judicial ordinária prévia antes de ingressar com o recurso de amparo constitucional. O fundamento desse pressuposto é o princípio da subsidiariedade que se aplica à atuação do TC via recurso de amparo. Devem ser interpostos os meios de impugnação úteis para que os Tribunais ordinários possam rever a decisão sobre o procedimento ordinário de amparo e restabelecer o direito fundamental ao demandante (STC 267/2000)⁸³⁸.

Sendra *et al* apresentam os meios de impugnação que devem ser utilizados antes da interposição do recurso de amparo: processos declarativos ordinários e sentenças em processo sumário; decisões da jurisdição voluntária; nulidade de processos; meios de impugnação não devolutivos; meios de impugnação

⁸³⁷ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 788.

⁸³⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 267/2000**, de 13 de noviembre (BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2000). Disponível em https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/resultados-busqueda-sentencias.aspx?g_492d9d94_69eb_4fa1_936d_bc1f7e06455epg=596&pn=484. Acesso em 24 de abr. 2022.

devolutivos (apelação, cassação e reclamação); meios de rescisão da coisa julgada⁸³⁹.

Em relação aos processos declarativos ordinários e sentenças em processo sumário, entende-se que, esgotados os meios de questionamento das sentenças proferidas em sede de processo sumário, caberá recurso de amparo constitucional (não é preciso entrar com um processo declarativo ordinário). Entretanto, se o procedimento sumário ou especial for manifestamente inadequado para o caso concreto, então será necessário ingressar com o procedimento ordinário adequado e esgotar as vias ordinárias para poder interpor o recurso de amparo.

A parte que obteve uma decisão em jurisdição voluntária deverá buscar a reparação à lesão aos seus direitos fundamentais com o recurso ordinário de amparo e, após esgotadas as vias ordinárias, poderá ingressar com o recurso de amparo constitucional.

O incidente de nulidade foi instituído com o intuito de sanar, com um procedimento preferencial e sumário, a nulidade do processo transitado em julgado que contém atos judiciais processuais nulos de pleno direito por violação dos direitos fundamentais. Esse procedimento devolve a demanda para reapreciação ao próprio tribunal ordinário, requerendo que declare a nulidade do processo com base em violações aos direitos fundamentais dos arts. 14-29 e 30.2 CE que não puderam ser reclamadas antes da decisão transitada em julgado que colocou fim ao processo (art. 241 da Lei Orgânica do Poder Judiciário). Tal incidente se mostrou adequado e atende à demanda dos interessados que pediam maior celeridade de trâmite processual para esses casos de nulidade.

Na hipótese de existirem diversas reclamações, algumas reparáveis via incidente de nulidade de processos e outras não, deve-se ingressar perante o Tribunal com tal incidente e esperar a sua resolução. Após o Tribunal ordinário proferir sua decisão, as reclamações não atendidas juntamente com aquelas inaptas para o incidente de nulidade de processos são enviadas, via recurso de amparo constitucional, ao TC.

Os meios de impugnação não devolutivos são o recurso de reposição e o recurso de súplica. O recurso de reposição é o meio utilizado para impugnação das

⁸³⁹ SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017, p. 797.

decisões interlocutórias. Para que a parte possa apelar da sentença, antes é preciso questionar as decisões interlocutórias. O esgotamento das vias ordinárias exige que o demandante apele das sentenças proferidas pelo julgador. Por outro lado, o recurso de súplica, tipicamente ordinário e sem efeito devolutivo, só pode ser interposto contra decisões e ordens dos órgãos colegiados. Assim, é utilizado quando houver qualquer vício na decisão e o demandante pretende que o mesmo órgão judicial a reconsidere. Tem caráter subsidiário, uma vez que só é usado se não couber apelação ou reclamação.

Os meios de impugnação devolutivos são a apelação, a cassação e a reclamação. O TC estabeleceu que há necessidade de interpor a totalidade dos meios de impugnação devolutivos para conseguir o esgotamento das vias ordinárias e assim poder interpor o recurso de amparo constitucional. O demandante precisa ingressar com os recursos ordinários e os extraordinários. De tal forma que é preciso sempre ingressar com o recurso ordinário de apelação. Já em relação à reclamação, o TC foi mais flexível e entendeu que precisa ingressar com a reclamação quando a decisão ou sentença que será impugnada for questionável via reclamação. Por fim, a cassação, recurso extraordinário, perante o Tribunal Supremo para decisões definitivas dos tribunais inferiores. O TC entende que deve ser exigido apenas quando for útil, como por exemplo, reparar a lesão a direitos fundamentais realizada em decisões definitivas dos tribunais inferiores.

Os meios de rescisão da coisa julgada são o recurso de revisão e o “*recurso de anulación*”. O recurso de revisão deve ser interposto para esgotar a via ordinária, quando houver um motivo expresso de revisão capaz de restabelecer a integralidade do direito fundamental. O “*recurso de anulación*” será utilizado para esgotamento das vias ordinárias sempre que o recorrente estiver dentro das hipóteses que possibilitem o êxito dessa ação rescisória. Em suma, o recurso de anulação possibilita o contraditório contra as sentenças transitadas em julgado no processo abreviado.

O art. 44.2 LO2/1979 aplica-se somente àqueles que foram parte do processo na instância ordinária. Nessa situação, o prazo para interpor o recurso de amparo é de 30 dias úteis, contados a partir da notificação da decisão final do processo judicial ordinário. Sendo esse um prazo material de caducidade, não se prorroga, interrompe ou suspende. Não são computados como dias úteis os sábados e o mês de agosto. O TC segue o calendário do município de Madrid, cidade em que está a sede do TC, para fins de determinação de dias úteis. Se o último dia do prazo

for dia não útil, prorroga-se para o próximo dia útil. O recurso de amparo pode ser interposto até as 15 horas do dia seguinte ao último dia do prazo.

Os prazos excepcionais são os dos arts. 42 e 43 da LO2/1979: das decisões firmes ou atos (sem valor de lei) das Cortes ou qualquer de seus órgãos, das Assembleias legislativas das Comunidades Autônomas ou de seus órgãos, o prazo para ingressar com o recurso de amparo é de 3 meses; contra disposições, atos jurídicos, omissões ou simples vias de fato do Governo (suas autoridades e funcionários) e dos órgãos executivos colegiados das Comunidades Autônomas (seus funcionários e agentes), pode ser interposto o recurso de amparo no prazo de vinte dias contados da notificação do processo judicial que esgotou a via judicial ordinária; prazo de 2 dias para interpor o recurso de amparo contra a proclamação dos candidatos e candidaturas e 3 dias de prazo para recurso de amparo contra a proclamação dos eleitos e dos presidentes das mesas locais (prazo contado a partir da notificação da decisão em processo judicial prévio).

A petição inicial do recurso de amparo constitucional deve conter os seguintes pedidos: declaração de nulidade da decisão, ato, resolução que tenha impedido o pleno exercício dos direitos fundamentais (art. 14-19 e 30.2 CE/1978); reconhecimento do direito fundamental ou liberdade pública de acordo com o seu conteúdo constitucional; restabelecimento ao demandante da integralidade do seu direito fundamental ou liberdade pública; além de apontar as medidas que considera cabíveis para que ocorra a pronta restauração desses direitos e liberdades. Assim, na inicial deve haver um pedido declaratório (nulidade da decisão violadora dos ditos direitos) e outro condenatório (reconhecimento e as medidas de restabelecimento do direito ultrajado).

A fundamentação deve constar do apontamento do direito fundamental ou liberdade pública violado e seu vínculo com os arts. 14-29 e 30.2 CE/1978. E deve contar, em separado, com a apresentação das justificativas de especial transcendência constitucional daquele processo. Assim, é exigido que se apresente a repercussão geral da matéria e que se faça o devido prequestionamento.

As Salas do Tribunal Constitucional julgam os recursos de amparo e o juízo de admissibilidade é feito pelas seções, que averiguarão se a petição inicial preenche os requisitos estabelecidos no art.49 da LO2/1979. Ou seja, é necessário que a inicial contenha descrição clara e concisa dos fatos que dão base ao recurso, os dispositivos constitucionais ultrajados, especificação da proteção que almeja para preservar ou

restaurar, o direito fundamental violado e que especifique a transcendência constitucional do recurso de amparo constitucional.

O TC pode recusar, de plano, o recurso de amparo quando: contiver vício insanável; requisitar a proteção a direitos não incluídos no âmbito de tutela do recurso de amparo; para demandas substancialmente iguais a que se pretende interpor, o TC tem jurisprudência firme de improcedência do recurso de amparo. Por outro lado, se houver defeitos sanáveis, o autor é chamado para emendar a petição inicial e corrigir o erro.

O juízo de admissibilidade do recurso de amparo é feito, inicialmente, pelas seções (admissão pela unanimidade de seus membros). No caso da maioria dos membros da seção admitirem o recurso, ele vai para a Sala, que faz novo juízo de admissibilidade. Na hipótese da seção ou Sala não admitir o recurso, o documento de não admissibilidade do recurso especificará os requisitos que não foram atendidos na petição inicial apresentada e serão notificados os autores do recurso e o Ministério Público (só cabe recurso da decisão de inadmissão do recurso de amparo para o MP nos 3 dias seguintes da sua notificação).

As sentenças que concedem a proteção aos direitos fundamentais requeridas no recurso de amparo devem conter pelo menos uma das seguintes proclamações: declaração de nulidade da decisão, ato ou resolução que tenha impedido o pleno exercício dos direitos fundamentais pelo demandante; reconhecimento do direito fundamental ou a liberdade pública, consonante com o seu conteúdo estabelecido na Constituição/1978; restauração da plenitude dos direitos fundamentais e liberdades públicas ao demandante; estabelecimento das medidas adequadas para restauração e conservação desses direitos e liberdades. A eficácia da sentença proferida em sede de recurso de amparo constitucional é *inter partes*.

Observa-se o amplo espectro de proteção aos direitos fundamentais que essas sentenças proporcionam. No direito brasileiro, não há um meio processual que assegure a efetividade do direito fundamental em todos esses aspectos, uma vez que o instrumento processual mais utilizado para tutela do direito de liberdade religiosa tem sido a ação direta de inconstitucionalidade, que se restringe a declarar determinada lei não constitucional.

As sentenças do TC são consideradas transitadas em julgado a partir do dia seguinte a sua publicação no Diário Oficial do Estado. Por ser o TC o intérprete supremo da Constituição/1978 (art. 1º.1 da LO2/1979) e por expressa disposição

Constitucional (art. 164.1 CE/1978), não cabe recurso algum contra as sentenças proferidas pelo TC. No caso de a sentença ser considerada obscura, omissa ou conter contradição manifesta, no prazo de dois dias contados da notificação da sentença prolatada pelo TC, a parte poderá solicitar o esclarecimento da sentença ao TC. Tal esclarecimento será feito sem que ocorra a alteração do conteúdo principal da sentença ou alteração do sentido da decisão tomada pelo TC. E, ainda, as partes podem solicitar, a qualquer momento, a retificação dos erros materiais manifestos⁸⁴⁰ e aritméticos presentes nas sentenças do TC.

No caso de inadmissão do recurso de amparo ou julgado improcedente no mérito, o único meio de impugnação que resta às partes é peticionar, no prazo de seis meses contados de quando foram notificados da sentença do TC, ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Para tanto é preciso que o direito fundamental ou liberdade pública requerido pelo recorrente seja assegurado na Convenção Europeia de Direitos Humanos ou nos seus Protocolos ratificados pela Espanha.

O Tribunal Constitucional ao analisar o recurso de amparo se limita à realização do exame de constitucionalidade, já que o controle da legalidade cabe à jurisdição ordinária. Entretanto, nem sempre é fácil delimitar as competências. É possível, por exemplo, que de uma controvérsia sobre a legalidade derive a violação a um direito fundamental, o que demanda um juízo de constitucionalidade. Com isso, a jurisdição constitucional tem um certo grau de incerteza e acaba por se tornar mais ampla do que desenho teórico de competência do TC. Por isso, o recurso de amparo é estabelecido para casos concretos de violação aos direitos fundamentais, não sendo possível, por essa via, discutir o entendimento de um órgão jurisdicional ordinário abstrato e genérico.

E, ainda, é primordial que esse recurso tenha especial transcendência constitucional, ou seja, que a matéria em discussão no recurso ultrapasse os interesses individuais do processo e tenha interesse geral para a sociedade (conforme indicadores econômicos, políticos, sociais e jurídicos). Essa alteração introduzida no ordenamento jurídico espanhol pela lei orgânica 6 de 2007 diminuiu o número de processos em trâmite no TC, tornando o tribunal mais ágil.

⁸⁴⁰ Erro material manifesto é aquele que se refere a um pequeno desajuste ou contradição patente, que não dependem de qualquer juízo de valor ou qualquer tipo de apreciação jurídica.

6 DEFESA EM JUÍZO DA LIBERDADE RELIGIOSA

6.1 INTRODUÇÃO

Este capítulo pretende analisar como os Tribunais Superiores do Brasil e da Espanha tutelam o direito de liberdade religiosa.

No Brasil, a instituição responsável pelos julgamentos das ações de controle de constitucionalidade, cujo parâmetro é a Constituição Federal de 1988⁸⁴¹, é o Supremo Tribunal Federal. Quanto às ações constitucionais, o STF e outros órgãos jurisdicionais possuem competência para apreciar.

O objeto de estudo desta tese está estritamente ligado à tutela do direito de liberdade religiosa, direito fundamental presente nos arts. 5º, VI, VII e VIII, 19, I; 143, § 1º e 210, I, todos da CF/88. De acordo com o artigo 102, *caput*, da CF/88, compete ao STF zelar pela guarda da Constituição Federal de 1988. Por isso, optou-se nesta tese por restringir a análise dos julgados do STF a respeito do direito à liberdade religiosa.

Em relação à Espanha, optou-se pela análise dos julgados do Tribunal Constitucional Espanhol, que é a Instituição Superior constitucionalmente responsável pela tutela dos direitos fundamentais e liberdades públicas (art. 161 da CE/1978⁸⁴²). Devido ao grande número de julgados sobre o direito de liberdade religiosa, foram selecionados aqueles considerados como parâmetros (*leading case*) para os demais.

⁸⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

⁸⁴² ESPANHA. **Constitución de España de 1978**. Disponível em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

6.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os julgados da Suprema Corte sobre o direito de liberdade religiosa não possuem jurisprudência consolidada. A posição a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal dependerá do caso concreto. Os julgados são apresentados de forma sintética com a preocupação de como se deu a tutela à liberdade religiosa em cada caso concreto. O objetivo deste capítulo da tese é apresentar a posição do STF em casos concretos sobre a liberdade religiosa. Foge ao escopo desta tese avaliar e emitir opiniões sobre o julgamento do STF nos casos apresentados.

A primeira turma do STF apreciou o ARE 1.315.221/RJ AgR⁸⁴³, o qual se refere à situação em que um culto religioso estava sendo realizado no vagão abandonado de um trem com caixas de som em alto volume, perturbando a vizinhança. Os ministros entenderam que o direito de liberdade religiosa admite limitações, se considerados os direitos individuais dos demais indivíduos que não praticam aquela determinada religião ou são ateus. Afirmaram que, sob o manto da liberdade de culto, ocorreu no caso concreto um abuso de direito, pois a Constituição Federal de 1988, ao proteger os lugares de culto, estava se referindo a locais apropriados a essa finalidade.

O Plenário do STF, na ADPF811/SP - 08.04.2021⁸⁴⁴, entendeu que é compatível com a Constituição Federal de 1988 a imposição temporária de restrições, por Estados e Municípios, à realização de quaisquer cultos religiosos em caráter coletivo como medida de contenção do avanço de pandemia. No caso em questão, o Estado de São Paulo editou o Decreto 65.563/2021⁸⁴⁵ que, em seu art. 2º, II, “a”, vedou a realização de cultos e missas e quaisquer atividades religiosas de caráter

⁸⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.315.221/RJ AgR**. Órgão Julgador: primeira turma. Ministro Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento 17.08.2021. Publicado em: 20.08.2021. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1266955928/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1315221-rj-0221325-9820078190001/inteiro-teor-1266955933>. Acesso em 21 abr. 2022.

⁸⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF811/SP**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento 08.04.2021. Publicado em: 08.04.2021. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1237522884/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-811-sp>. Acesso em 21 abr. 2022.

⁸⁴⁵ SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.563, de 11 de março de 2021**. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em 21 abr. 2022.

coletivo. Questionando esse dispositivo que proibia o exercício do direito de realização de cultos religiosos, o Partido Social Democrático (PSD) ajuizou a ADPF 811/SP, que pediu a suspensão do art.2º, II, “a” do Decreto 65.563/2021. O autor da ação alegou que tais restrições não poderiam ter sido impostas, principalmente do modo que foram – por meio de decreto – de forma a suspender o exercício de um direito fundamental assegurado no artigo 5, VI, VII e VII e art. 19, I, todos da CF/88. O STF, em decisão plenária, por maioria dos seus membros, considerou improcedente o pedido.

Outro julgado interessante se refere a uma questão recorrente no âmbito do STF (RE611.874/DF⁸⁴⁶): se é possível a alteração de datas e horários de provas por motivos religiosos. O Plenário do STF decidiu que é possível agendar nova data de prova de concurso público, diferente daquela prevista no edital, desde que seja pelo fato de candidato haver invocado a escusa de consciência devido às suas crenças religiosas. Mas para que tal possibilidade se efetive é preciso preservar a igualdade de possibilidades entre todos os candidatos e não gerar gastos excessivos para a Administração Pública. Caso o gestor público entenda que a realização da prova em outra data para determinado candidato por motivos de crença religiosa gera ônus excessivo ao erário, poderá denegar tal pedido e fundamentar a sua decisão.

O plenário do STF, ao avaliar a Lei Promulgada nº 74, de 11/02/2010, do Estado de Amazonas⁸⁴⁷, que determinava que as escolas e bibliotecas públicas estaduais deveriam ter um exemplar da Bíblia, a considerou inconstitucional. A Suprema Corte entendeu que feria a laicidade do Estado Brasileiro (art.19, I, CF/88) e a liberdade religiosa (art.5º, VI, CF/88)⁸⁴⁸.

A Suprema Corte, pelo seu plenário, acolheu a reivindicação de servidor público que se encontrava em estágio probatório no cargo de professor e teve 90 (noventa) faltas injustificadas durante o período de estágio probatório, em razão de

⁸⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE611.874/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Dias Toffoli e Relator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin. Repercussão Geral – tema 386 (info 100). Data do Julgamento 19.11, 25/11 e 26/11/2020. Publicado em: 12.04.2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192153598/recurso-extraordinario-re-611874-df>. Acesso em 21 de abr. 2022.

⁸⁴⁷ AMAZONAS. **Lei Promulgada nº 74 de 11/02/2010**. Disponível em https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2010/9014/9014_texto_integral.pdf. Acesso em 21 abr. 2022.

⁸⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI5258AM**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data do Julgamento 12.04.2021. Publicado em: 27.04.2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4727836>. Acesso em 21 de abr. 2022

suas convicções religiosas. A parte alegou que não laborava às sextas feiras no período noturno, para guardar a sua consciência religiosa, e que se colocou à disposição da entidade pública para trabalhar em horários alternativos. Arguiu violação dos arts. 5º, VI e VIII e 41 da Constituição Federal de 1988, artigo 18 do Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos⁸⁴⁹ e artigo 12 do Pacto de São José da Costa Rica⁸⁵⁰. Os Ministros do STF decidiram que, nos termos do art. 5º, VIII, CF/88 é possível à Administração Pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais dos cargos públicos para servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa. Para tanto, é preciso que se observe a razoabilidade na alteração das funções do servidor e não ocorra desvirtuamento do exercício do cargo e, ainda, não seja gerado ônus desproporcional à Administração Pública. Caso a Administração Pública considere que o atendimento aos motivos de escusa de consciência por crença do servidor irá gerar um ônus desproporcional para o ente público, deverá fundamentar sua decisão. O recurso teve repercussão geral reconhecida⁸⁵¹.

No recurso extraordinário 494601/RS⁸⁵², o plenário do STF reconheceu a constitucionalidade da Lei 12.131/04-RS⁸⁵³, que introduziu o parágrafo único no art. 2º da Lei 11.915/03-RS⁸⁵⁴, o qual admite o sacrifício ritual de animais em cultos de

⁸⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021.

⁸⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

⁸⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.099.099/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 26.11.2020. Publicado em: 20.04.2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5326615&numeroProcesso=1099099&classeProcesso=ARE&numeroTema=1021#>. Acesso em 21 de abr. 2022.

⁸⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 494.601/RS**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 28.03.2019. Publicado em: 20.04.2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Acesso em 21 abr. 2022.

⁸⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004. Disponível em <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-12131-2004-rio-grande-do-sul-acrescenta-paragrafo-unico-ao-artigo-2o-da-lei-no-11-915-de-21-de-maio-de-2003-que-institui-o-codigo-estadual-de-protecao-aos-animais-no-ambito-do-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em 21 abr. 2022.

⁸⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2011.915.pdf>. Acesso em 21 abr. 2022.

religiões de matriz africana, desde que sem excessos e crueldade. A tese fixada pelos Ministros do STF foi: *“É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”*.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 2566 do Distrito Federal⁸⁵⁵, o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.612/98⁸⁵⁶. O dispositivo legal proibia que houvesse na programação das emissoras de radiodifusão comunitárias a transmissão de quaisquer conteúdos que pudessem converter pessoas a uma determinada religião, crença ou ideologia. O fundamento constitucional foi que o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.612/98 afronta os arts. 5º, IV, VI e IX e 220 – todos da CF/88. Além disso, esse dispositivo legal afronta o artigo 134 do Pacto de São José da Costa Rica. A restrição imposta pelo § 1º do art. 4º da Lei nº 9.612/98 ao proselitismo não é compatível com as liberdades de expressão e de religião. Isso porque a liberdade de pensamento, de consciência e de expressão, inclui a possibilidade de fazer o discurso persuasivo, a utilização de argumentos críticos, o debate público e a troca de ideias, não fica limitado à divulgação de informações. E, ainda, o artigo 220 da CF/88 determina a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, inclusive rádio ou serviço de radiodifusão comunitária.

A segunda turma do STF, no RHC146303/RJ⁸⁵⁷, entendeu que o discurso de ódio e a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não são protegidos pela cláusula constitucional que garante a liberdade de expressão (art. 5º, IV, CF/88). Por isso, dependendo do caso concreto, existe a possibilidade de que um líder religioso seja condenado pelo crime de racismo - art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89⁸⁵⁸ em decorrência do discurso de ódio público contra as

⁸⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI2566/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Alexandre de Moraes e Relator para o acórdão: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 16.05.2018. Publicado em: 07.11.2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1983315>. Acesso em 22 abr. 2022.

⁸⁵⁶ BRASIL. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm. Acesso em 22 abr. 2022.

⁸⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC146303/RJ**. Órgão Julgador: 2º Turma. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 16.05.2018. Publicado em: 07.08.2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768145300/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-146303-rj-rio-de-janeiro-4000296-6920171000000>. Acesso em 22 abr. 2022.

⁸⁵⁸ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em 22 abr. 2022.

outras religiões e seus seguidores. No caso concreto, o pastor de certa igreja evangélica publicou em seu blog vídeos e posts ofensivos a outras crenças religiosas, disse que algumas dessas religiões não podiam sequer existir e imputou fatos ofensivos aos seus devotos e sacerdotes (expressões utilizadas: “religião assassina”, “líderes assassinos”, “prostituta católica”, entre outras). Diante disso, o pastor foi condenado pela prática do crime previsto no art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89. A defesa do pastor interpôs diversos recursos até o RHC146303/RJ chegar ao STF e alegou que a condenação ideológica de outras crenças é inerente à prática religiosa e invocou a liberdade religiosa do art. 5º, VI e VIII, CF/88. O STF manteve a condenação e entendeu que aquele caso não se tratava de proselitismo religioso, mas sim discurso de ódio e incitação ao ódio público contra outras religiões e seus seguidores – o que configura o crime do art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89.

O julgado acima, RHC146303/RJ, ecoa o caso Ellwanger, (HC 82424⁸⁵⁹), julgado pela Suprema Corte em 2003. O escritor gaúcho Siegfried Ellwanger editou e publicou livro que veiculava ideias antissemitas. Foi condenado pelo crime de racismo (art. 20 da lei 7716/89 com a redação dada pela lei 8081/90), que é um crime inafiançável e imprescritível segundo o art. 5º, XLII, CF/88. O plenário do STF manteve a condenação e denegou o HC82424. Isso porque considerou que a liberdade de expressão do art. 5º, IV, CF/88 não é um direito absoluto e se sujeita a limites como qualquer outro direito fundamental. Os Ministros da Suprema Corte entendem que um dos limites à liberdade de expressão é o denominado discurso de ódio (expressar publicamente ideias que ofendem, ameaçam ou insultam certo grupo de indivíduos com base na raça, cor, religião, nacionalidade, entre outros).

Cumprir lembrar que o proselitismo é admitido pela Suprema Corte e que o fato do líder religioso afirmar que sua religião é a escolhida por Deus e fazer comparações com as demais religiões (consideradas por ele como piores e que não conduzem a Deus) não configura, por si só, o crime de racismo (art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89). Nesse sentido, a primeira turma do STF, no RHC134682/BA⁸⁶⁰, deu

⁸⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC82424**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Moreira Alves. Data do Julgamento 17.09.2003. Publicado em: 19.03.2004. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em 23 abr. 2022.

⁸⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC134682/BA**. Órgão Julgador: 1º Turma. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 29.11.2016. Publicado em: 29.08.2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772561844/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-134682-ba-bahia-4000980-2820161000000/inteiro-teor-772562049>. Acesso em 23 abr. 2022.

provimento ao *habeas corpus*, pois entendeu que não houve crime de racismo do art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89. No caso a que se refere o RHC134682/BA, um padre escreveu um livro, dirigido ao público católico, no qual foram feitas críticas ao espiritismo e às religiões de matriz africana (umbanda e candomblé), principalmente no sentido de que tais religiões não podem ser consideradas cristãs na acepção que a Bíblia Sagrada apresenta do termo Cristão. Justificou sua posição com a citação de passagens bíblicas. Afirmou na obra ainda que os fiéis católicos deveriam rezar pelos demais e procurar orientá-los para que alcançassem a salvação de suas almas. Os Ministros do STF entenderam que o réu apenas fez comparações entre as religiões e procurou demonstrar os motivos pelo qual a religião católica deveria prevalecer e não houve qualquer tentativa de subjugar os adeptos do espiritismo e das religiões de matriz africana. Em síntese, fazer um discurso de que as religiões são desiguais e que a sua religião é melhor e a escolhida não configura, por si só, crime de racismo. Para configurar o tipo penal do art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89, é preciso que o autor da conduta tenha o especial fim de suprimir ou reduzir a dignidade daquele que é de outra religião.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 4439/DF⁸⁶¹ foram considerados constitucionais o art. 33, §§ 1º e 2º da Lei 9394/96 (LDB)⁸⁶² e a art. 11, § 1º, do acordo Brasil-Santa Sé⁸⁶³. No caso concreto, o Procurador Geral da República (PGR) ajuizou a ADI 4439/DF requerendo interpretação conforme a Constituição ao art. 33, §§ 1º e 2º da Lei 9394/96 (LDB) e ao art. 11, § 1º do acordo Brasil-Santa Sé, para que se proibisse a oferta de ensino religioso vinculado a uma religião específica em escolas públicas. O PGR afirmou que nas escolas públicas o ensino religioso deveria ser de história e doutrina das diversas religiões e que deveria ser realizado pelos professores regulares da rede pública de ensino e não poderia haver o ensino de uma doutrina específica por pessoas vinculadas a igrejas. Os ministros do STF entenderam que, a

⁸⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI4439/DF** Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Roberto Barroso e Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento 27.09.2017. Publicado em: 21.06.2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 23 abr. 2022.

⁸⁶² BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 23 abr. 2022.

⁸⁶³ BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. **Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em 23 abr. 2022.

partir da conjugação do art.19, I, CF/88 (Estado Laico) com o art. 5º, VI (Liberdade Religiosa), o Estado brasileiro deve proporcionar o cumprimento do disposto no art. 210 § 1º da CF/88. Por isso, a rede pública de ensino está autorizada, em igualdade de condições para todas as religiões, a oferecer o ensino confessional de diversas crenças, desde que a religião interessada atenda aos requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação e desde que a disciplina de ensino religioso seja facultativa. O Estado dá cumprimento ao art. 210, § 1º, da CF/88 quando oferta a disciplina de ensino religioso nos horários normais das escolas de ensino público fundamental, ministrada de acordo com os preceitos de determinada confissão religiosa. Esse ensino pode ser realizado por integrantes da confissão religiosa, desde que estejam credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem que ocorra qualquer ônus para o Poder Público.

A primeira turma do STF, no RE 562351/RS⁸⁶⁴, denegou o pedido de concessão de imunidade tributária à maçonaria por entender que a entidade representa uma ideologia de vida e não uma religião. Uma loja maçônica do Estado do Rio Grande do Sul ingressou com ação na justiça local requerendo que lhe fosse concedida a imunidade tributária prevista no art.150, VI, b e c da CF/88. O pedido foi negado pelo Tribunal local e a parte recorreu via recurso extraordinário ao STF. A Suprema Corte denegou o recurso extraordinário e entendeu da mesma forma que o tribunal do RS, que a maçonaria não se enquadra na imunidade de impostos do art.150, VI, b e c da CF/88 por não ser uma religião. A justificativa apresentada pela Suprema Corte foi que esse dispositivo constitucional, da imunidade religiosa, foi concebido para garantir a liberdade religiosa (art.5º, VI, CF/88) e o Estado laico (art. 19, I, CF/88), pois impede qualquer ação do Estado de sobretaxar certas igrejas para embaraçar o funcionamento dessas Entidades religiosas.

Os julgados apresentados para análise da garantia do direito de liberdade religiosa pela Suprema Corte Brasileira foram escolhidos com base no critério de representatividade das demais decisões proferidas pelo STF em casos similares.

⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 562351/RS**. Órgão Julgador: 1º Turma. Ministro Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento 04.09.2012. Publicado em: 14.12.2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 23 abr. 2022.

6.3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

O Tribunal Constitucional Espanhol possui diversos julgados em relação ao direito fundamental de liberdade religiosa. O critério utilizado para a seleção dos textos foi a representatividade que determinada decisão tem em relação às demais proferidas pelo TC em casos similares.

Os julgados do TC em relação ao direito de liberdade religiosa podem ser separados por algumas temáticas: 1. Princípios fundamentais: liberdade religiosa (STC24/1982⁸⁶⁵ e STC64/1988⁸⁶⁶); igualdade religiosa (STC24/1982, STC 34/1982⁸⁶⁷ ATC 271/1984⁸⁶⁸, STC 146/1987⁸⁶⁹, ATC 480/1989⁸⁷⁰, STC 340/1993⁸⁷¹, STC 188/1994⁸⁷², STC 321/1994⁸⁷³); princípio do Estado não confessional (STC 24/1982,

⁸⁶⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 24/1982**, de 13 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/66>. Acesso em 24 de abr. 2022.

⁸⁶⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 64/1988**, de 12 de abril (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1988). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1005>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁶⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 34/1982**, de 14 de junio (BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/76>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁶⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 271/1984**, de 9 de mayo. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8539>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁶⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 146/1987**, de 24 de septiembre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1987) Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/878>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 480/1989**, de 2 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/14392>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 340/1993**, de 16 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2469>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 188/1994**, de 20 de junio (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1994). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2705>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 321/1994**, de 28 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1994). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2838>. Acesso em 24 abr. 2022.

ATC 616/1984⁸⁷⁴, ATC 359/1985⁸⁷⁵, ATC 180/1986⁸⁷⁶, STC 130/1991⁸⁷⁷, STC 340/1993⁸⁷⁸, STC 129/1996⁸⁷⁹, STC 177/1996⁸⁸⁰); princípio da cooperação (STC 66/1982⁸⁸¹; STC 93/1983⁸⁸², ATC 470/1983⁸⁸³, STC 109/1988⁸⁸⁴, STC 187/1991⁸⁸⁵); 2. O direito de liberdade religiosa: conceito (STC 24/1982, ATC 359/1985, ATC 180/1986); conteúdo da liberdade religiosa (ATC 551/1985⁸⁸⁶, ATC 237/1986⁸⁸⁷, STC

⁸⁷⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 616/1984**, de 31 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8884>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 359/1985**, de 29 de mayo. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/9422>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 180/1986**, de 21 de febrero. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/10200>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 130/1991**, de 6 de junio (BOE núm. 162, de 08 de julio de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1769>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 340/1993**, de 16 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2469>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁷⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 129/1996**, de 9 de julio (BOE núm. 194, de 12 de agosto de 1996). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3181>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 177/1996**, de 11 de noviembre (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 1996). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3229>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 66/1982**, de 12 de noviembre (BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/108>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 93/1983**, de 8 de noviembre (BOE núm. 288, de 02 de diciembre de 1983). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/221>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 470/1983**, de 8 de noviembre (BOE núm. 288, de 02 de diciembre de 1983). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/221>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 109/1988**, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1050>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 187/1991**, de 3 de octubre (BOE núm. 265, de 05 de noviembre de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1826>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 551/1985**, de 24 de julio. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/9614>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 237/1986**, de 12 de marzo. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/10257>. Acesso em 24 abr. 2022.

177/1996, STC 141/2000⁸⁸⁸, STC 101/2004⁸⁸⁹); relação da liberdade religiosa, liberdade ideológica e liberdade de consciência (STC 120/1990⁸⁹⁰, STC 292/1993⁸⁹¹, STC 15/1982⁸⁹², STC 145/1999⁸⁹³, ATC 617/1984⁸⁹⁴); limites do direito de liberdade religiosa: ordem pública (STC 20/1990⁸⁹⁵) – elementos integrantes da ordem pública: moralidade pública (STC 62/1982⁸⁹⁶, ATC 617/1984); segurança (STC33/1982⁸⁹⁷); saúde (STC 120/1990 e ATC 369/1984⁸⁹⁸).

Outras temáticas: a tutela penal do direito de liberdade religiosa (STC177/1996, ATC 271/1984, ATC 369/1984, ATC 180/1986); as objeções de

⁸⁸⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 141/2000**, de 29 de mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4125>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁸⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 101/2004**, de 2 de junio. (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2004). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5106>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 120/1990**, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1545>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 292/1993**, de 18 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2421>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 15/1982**, de 23 de abril (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/57>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 145/1999**, de 22 de julio (BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1999). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3887>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 617/1984**, de 31 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8885>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 20/1990**, de febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1445>. Acesso em 03 mai. 2022.

⁸⁹⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 62/1982**, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/104>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 33/1982**, de 8 de junio (BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/75>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁸⁹⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 369/1984**, de 20 de junio. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8637>. Acesso em 24 abr. 2022.

consciência (STC177/1996, ATC 108/1981⁸⁹⁹, STC 53/1985⁹⁰⁰, STC 101/1983⁹⁰¹, STC 19/1985⁹⁰²); direito à educação e ensino religioso (STC5/1981⁹⁰³, ATC 276/1983⁹⁰⁴, STC 77/1985⁹⁰⁵, STC 155/1997⁹⁰⁶); relações de trabalho e liberdade religiosa (STC 43/1984⁹⁰⁷, ATC 578/1984⁹⁰⁸, STC 19/1985⁹⁰⁹, STC 38/2007⁹¹⁰, STC 28/2001⁹¹¹).

No item 3.6 desta tese foi realizado um estudo dos direitos fundamentais e a Constituição da Espanha e foram analisados diversos julgados do TC mencionados

⁸⁹⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 108/1981**, de 29 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/7170>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 53/1985**, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 101/1983**, de 18 de noviembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1983). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/229>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 19/1985**, de 13 de febrero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/399>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 5/1981**, de 13 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 276/1983**, de 8 de junio. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/7892>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 77/1985**, de 27 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/457>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 155/1997**, de 29 de septiembre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3420>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 43/1984**, de 26 de marzo (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1984). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/296>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 578/1984**, de 10 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8846>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹⁰⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 19/1985**, de 13 de febrero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/399>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹¹⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 38/2007**, de 15 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6005>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹¹¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 28/2001**, de 29 de enero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 2001). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4324>. Acesso em 24 abr. 2022.

nas divisões temáticas acima. E nos itens 3.9 e 3.10 o estudo do direito de liberdade religiosa na Constituição de 1978 foi realizado com base nos julgados do TC, de tal forma que diversas sentenças e acórdãos do TC mencionados na distribuição de temas acima já foram apresentados. Para evitar a duplicidade no estudo dos julgados do TC, optou-se por colocar neste subitem os julgados do TC não mencionados nos itens 3.9 e 3.10 e que são considerados relevantes por sua abrangência temática e por serem constantemente citados pelo próprio TC nas suas sentenças e acórdãos como parte da doutrina do TC.

A Sentença nº101/2004, de 2 de junho de 2004⁹¹², resultou da análise do recurso de amparo 2563-2002 interposto por Don Antonio Cuevas, membro do Corpo Nacional de Polícia, contestando a sentença proferida pela Câmara de Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior da Justiça de Andalucia que não acolheu a demanda de desobrigar o autor de participar do desfile de procissão religiosa sob o argumento de que tal obrigação fere o direito de liberdade religiosa e o art. 16.1 CE/1978. A negativa da dispensa pelo Tribunal de Andalucia teve como fundamento o fato de que quando o membro do corpo nacional de polícia é alocado para acompanhar a procissão religiosa vai como policial no exercício do seu dever e não como um espectador da procissão. O demandante ainda alega violação ao art. 16.3 CE/1978 – que o corpo nacional de polícia tenha status de grande irmão da Irmandade de Nuestro Padre Jesús El Rico de Málaga. O TC considerou legítimas as alegações do recorrente e deu provimento ao recurso de amparo. A decisão considerou que viola o art. 16.3 CE/1978 o fato do corpo nacional de polícia ter status de grande irmão da Irmandade de Nuestro Padre Jesús El Rico de Málaga, pois a Espanha é um Estado não confessional. Em relação à alegação de que seria um simples trabalho policial de acompanhar uma procissão religiosa para garantir a segurança dos cidadãos que estavam na procissão, o TC teve entendimento diverso, considerando que aquele não era um simples trabalho policial porque os policiais deveriam ir com traje de gala e desfilar com a cavalaria, e que obrigar o demandante a participar do desfile é sim obrigá-lo a participar da manifestação religiosa e fere o direito de liberdade religiosa (art. 16.1 CE/1978).

⁹¹² ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 101/2004**, de 2 de junio. (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2004). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5106>. Acesso em 24 abr. 2022.

Na sentença nº 154, de 18 de julho de 2002⁹¹³, no recurso de amparo nº 3.468/97, interposto pelo Sr. Pedro Tomás e pela Sra. Lina Rausa contra Acórdão da Câmara Criminal do Supremo Tribunal Federal, que proferiu sentença condenatória pelo delito de homicídio (sentença 3248/96, de 27 de junho de 1997). O caso concreto trata de menor com 13 anos de idade, filho dos demandantes, que precisava de uma transfusão de sangue para salvar a sua vida e os pais, que pertencem à religião Testemunhas de Jeová, se opuseram à transfusão de sangue por motivos religiosos. Os médicos conseguiram uma autorização do juízo de plantão para fazer a transfusão. O pais do menor obedeceram à ordem judicial e os médicos tentaram fazer a transfusão. Então o menor, por sua própria vontade, foi contra e começou a se debater para impedir o procedimento. Os médicos desistiram da transfusão por receio que o estado de horror e agitação em que o menor ficou pudesse acabar piorando o seu estado de saúde. Depois, foi feita uma verdadeira peregrinação em diversos hospitais, e os pais e o menor alegavam que não poderia ser feita a transfusão de sangue por motivo religioso. Depois de diversos dias, com outra ordem judicial, a transfusão de sangue foi feita. Mas o menor já estava muito debilitado e veio a óbito. No relato dos fatos, os médicos afirmam que se o menor tivesse recebido a transfusão de sangue logo após o acidente teria grandes chances de sobrevivência. O TC entendeu, com base no art. 16.1 CE/1978 e no art. 2.1 da Lei Orgânica da Liberdade Religiosa, que o menor de idade tem o direito de liberdade religiosa assegurado pelo ordenamento jurídico espanhol. E afirmou que quando o menor de idade disse que não admitia a transfusão de sangue, inclusive lutou para que não fosse feita, significa que estava exercendo o seu direito de autodeterminação cujo objeto é seu corpo físico, protegido pelo art. 15 CE/1978. Em regra, as decisões do TC reconhecem que no confronto entre o direito à vida (art. 15 CE/1978) e a liberdade religiosa (art. 16 CE/1978), prevalece o direito à vida por ser valor superior no ordenamento jurídico constitucional espanhol. Por isso, o Poder Judiciário decide a favor de se fazer as transfusões de sangue dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová. Excepcionalmente nesse caso, o TC reconheceu que desde a primeira ordem judicial para fazer a transfusão de sangue, os pais estavam dispostos a cumpri-la. Por isso, o TC acolheu a proteção solicitada pelos pais no recurso de amparo, reconheceu que os pais tiveram o seu

⁹¹³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 154/2002**, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4690>. Acesso em 24 abr. 2022.

direito à liberdade religiosa violado (art. 16.1 CE/1978) pelos poderes públicos e restituiu aos apelantes o direito ao amparo e, por isso, anulou as sentenças da Câmara Criminal da Corte Suprema.

Em 1996, o TC prolatou a sentença nº 177⁹¹⁴ no recurso de amparo nº 32.996/94, interposto pelo Sr. Francisco Sánchez contra Resolução da Quinta Câmara Militar do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 14 de junho de 1994, que declarou improcedente o recurso interposto pelo autor. No recurso de amparo constitucional, o autor alega que não foi respeitado o seu direito de liberdade religiosa (art. 16.1 CE/1978) quando foi punido militarmente por não ter obedecido a ordem de superior hierárquico de fazer parte da formação em honra à Virgem dos Desamparados, no quartel San Juan de la Ribeira Norte de Valência. Além disso, o Sr. Francisco Sánchez alegou que foi violado o seu direito de acesso ao Judiciário (art. 24.2 CE/1978). O TC entendeu que os atos se deram no âmbito militar, e no exercício das funções do recorrente como militar e por isso a justiça especializada militar tem competência para julgá-lo (art. 117.5 CE/1978), sem que tenha ocorrido qualquer afronta ao art. 24.2 CE/1978. Em relação ao pedido de amparo por violação do direito de liberdade religiosa (art. 16.1 CE/1978), o TC considerou importante fazer uma distinção: quando se tratar de atos de particulares de cunho religioso com a participação dos militares – eles têm o direito de alegar escusa de consciência por suas crenças religiosas e não participar do ato, mas se forem atos militares (atos concebidos e realizados pelos militares) destinados à celebração por militares de uma festa religiosa – a escusa de consciência por motivos de crenças religiosas não pode ser acolhida. Assim, o TC negou provimento ao recurso de amparo constitucional.

Na sentença nº 24/1982⁹¹⁵, de 13 de maio, o plenário do TC não apreciou o recurso de inconstitucionalidade interposto contra o inciso quarto do art. 9.º da Lei nº 48/1981, de 24 de dezembro, de Classificação de Comandos e Regulamento de Promoções no regime ordinário para militares de carreira do Exército. No dia 03 de março de 1982, o Sr. Gregorio Peces-Barba Martinez (representando 69 deputados)

⁹¹⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 177/1996**, de 11 de noviembre (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 1996). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3229>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹¹⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 24/1982**, de 13 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/66>. Acesso em 24 de abr. 2022.

requereu a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 48/1981⁹¹⁶ que trata da classificação dos comandos e regulamentação no regime ordinário para militares de carreira. Alegou que o art. 9º lei 48/1981, ao reconhecer os critérios de tempo para promoção dos membros do corpo eclesiástico na carreira militar, viola o art. 16.3 CE, que determina que a Espanha é um Estado não confessional. O TC entendeu que as relações do Estado com a Igreja são orientadas por dois princípios: liberdade religiosa (art. 16 CE/1978) e a igualdade (art. 9º e 14 CE/1978), que determina que não pode haver qualquer tratamento discriminatório por motivos religiosos. A oportunidade para se oferecer assistência religiosa aos militares é proporcionada a todas religiões, desde que preencham os requisitos formais estabelecidos para tal. Por outro lado, os pedidos formulados na ação de inconstitucionalidade não podem ser atendidos, pois, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 9º da lei 48/1981 – apenas não existirão mais na lei os critérios de tempo de serviço para promoção do membro eclesiástico (esses critérios estão em sintonia com o acordo de 3 de janeiro de 1979, que estabeleceu regras de assistência religiosa aos membros católicos das forças armadas). O TC decidiu que não cabe apreciar o pedido de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 48/1981.

Interessante observar a consistência da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, na maioria dos julgados, sobre o direito de liberdade religiosa. O TC construiu uma doutrina jurídica sobre o conteúdo e os limites do direito à liberdade religiosa. Entende que o art. 16 CE/1978 reconhece a liberdade religiosa para indivíduos e comunidades, limitados em suas manifestações religiosas apenas pela ordem pública protegida pela lei (art. 16.1 CE/1978). Na dimensão objetiva, a liberdade religiosa comporta dupla exigência: a neutralidade dos poderes públicos pelo fato da Espanha ser um Estado não confessional e a manutenção de relações de cooperação entre os poderes públicos e diversas igrejas (art. 16.3 CE/1978). Como direito subjetivo, a liberdade religiosa possui uma dupla dimensão: interna e externa. Assim, as pessoas possuem o direito de internamente definir suas convicções (autodeterminação intelectual) e, externamente, agir e expressar suas crenças de acordo com suas convicções e também defendê-las contra terceiros. O TC complementa a sua doutrina invocando o art. 16.2 – garante que ninguém pode ser

⁹¹⁶ ESPANHA. **Ley 48/1981, de 24 de diciembre, de clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-637>. Acesso em 24 abr. 2022.

forçado a falar, manifestar ou testemunhar a respeito da sua ideologia, religião ou crença - STC 177/1996, 11 de novembro⁹¹⁷.

A doutrina do TC inclui o reconhecimento de que os direitos fundamentais não são absolutos. No entanto, os direitos fundamentais estão limitados apenas por regra expressa na Constituição da Espanha de 1978 ou por limites que se inferem do texto constitucional justificados pela preservação de outros direitos constitucionalmente protegidos (STC 57/1994, 28 de fevereiro⁹¹⁸).

Por fim, o TC, na sua doutrina, entende que, para que se configure pedido de proteção à liberdade religiosa, deve ocorrer, em regra, uma das seguintes hipóteses: 1. O demandante deve pretender defender sua liberdade de praticar atos de culto de acordo com a fé escolhida e sem interferência do Estado ou de outras pessoas; 2. Deve estar reagindo a um ato que o obrigou a declarar o seu credo religioso; 3. Deve estar reagindo a um ato que o obrigou a praticar conduta contrária a suas crenças religiosas (STC 19/1985⁹¹⁹ e STC 63/1994⁹²⁰).

⁹¹⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 177/1996**, de 11 de noviembre (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 1996). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3229>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹¹⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 57/1994**, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2574>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹¹⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 19/1985**, de 13 de febrero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/399>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹²⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 63/1994**, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2580>. Acesso em 24 abr. 2022.

7 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

7.1 INTRODUÇÃO

O Brasil e a Espanha são signatários de diversos tratados que compõem o sistema global de proteção aos direitos humanos. Com o intuito de compreender como ambos os países se integram ao cenário internacional de proteção aos direitos humanos, no item 7.2 a seguir são apresentados os principais tratados de direitos humanos de que esses países são signatários, considerando a possibilidade de garantia da efetivação do direito de liberdade religiosa.

7.2. A LIBERDADE RELIGIOSA E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS

A liberdade religiosa, por se tratar de um direito humano essencial na esfera existencial do indivíduo e estar estritamente relacionada com o princípio da dignidade humana, é protegida pelo sistema global de proteção aos direitos humanos.

O direito internacional, que tradicionalmente disciplina as relações entre os Estados, após a segunda guerra mundial passou a tratar da afirmação e proteção dos direitos humanos. Essa ampliação da esfera de atuação se deve às transgressões aos direitos humanos cometidas pelos regimes totalitários⁹²¹.

Os direitos humanos são protegidos de forma sistêmica no direito internacional. Atualmente há dois tipos de sistema: o sistema global e o regional de proteção dos direitos humanos.

⁹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.110.

As agendas externas dos Estados, até 1945, eram voltadas principalmente para questões econômicas e financeiras. Depois passam a tratar menos dessas questões e mais de questões atinentes aos direitos humanos.

A Carta de São Francisco⁹²² entrou em vigor em 24/10/1945, estabelecendo a Organização das Nações Unidas. Essa carta traz como preceito a atuação das Nações Unidas em favor da paz, da promoção do diálogo entre as nações e a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais⁹²³. A partir da edição dessa carta, as relações referentes a direitos humanos e liberdades fundamentais de um nacional com o seu Estado passam a ser protegidas internacionalmente. A liberdade religiosa é considerada como liberdade fundamental e passa a ser regida pela Carta das Nações.

A Carta, em seu primeiro artigo, traz como propósito das Nações Unidas a vedação a tratamento diferenciado por motivos religiosos: “(...) *Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”⁹²⁴.

O sistema global ou sistema das Nações Unidas de proteção aos direitos humanos surgiu em 1945 e é aplicado em todos os países que integram a Organização das Nações Unidas (ONU). Atualmente, são 195 países, entre os quais Brasil e Espanha.

A origem do sistema global de direitos humanos conta com três precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos: o

⁹²² A Carta de São Francisco, embora denominada ‘carta’ tem natureza jurídica de tratado de direito internacional. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é parte integrante dessa Carta.

⁹²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Promulgada em São Francisco, em 26 junho 1945. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 15 jul 2021.

⁹²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Promulgada em São Francisco, em 26 junho 1945. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 15 jul 2021.

desenvolvimento do direito humanitário⁹²⁵, a Constituição da Liga das Nações⁹²⁶ e a Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁹²⁷.

A Carta das Nações Unidas foi omissa ao não definir o que são direitos humanos e liberdades fundamentais. Essa Carta é complementada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁹²⁸. A Declaração Universal de 1948 assegura, expressamente, em seu artigo 18 a liberdade de consciência, crença e de religião: *“Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”*.

Trata-se de uma proteção ampla ao direito de liberdade religiosa porque abrange a liberdade de consciência, a qual inclui a liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade de religião, que permite a opção por possuir ou não possuir qualquer religião, e, ainda, confere proteção aos cultos religiosos (locais e as suas liturgias).

O sistema global de proteção de direitos humanos é composto por quatro documentos. O primeiro deles é a Carta das Nações Unidas, que trouxe a ideia de direitos mas não disse como exercê-los. O segundo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, que positivou os direitos da Carta das Nações Unidas. O terceiro é constituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), 1966⁹²⁹, também conhecido como Pacto de Nova Iorque. Por fim, o Pacto

⁹²⁵ O direito humanitário é o direito de guerra, para proteger feridos, militares postos fora de combate, náufragos, mulheres, crianças etc. em situação de conflito armado internacional ou beligerância. Até na guerra existem princípios éticos mínimos. Foi nesse momento que se criou a Cruz Vermelha, por Henry Durant, por conta da batalha de Solferino. A Cruz Vermelha, uma organização não governamental, foi criada para gerenciar o direito humanitário. Foi a primeira vez que os países aceitaram proteger países para além do seu domínio reservado.

⁹²⁶ A liga das nações - Terminada a primeira guerra, os Estados aliados criaram uma sociedade para manter a estabilidade da paz e das relações internacionais, visando impedir um segundo conflito armado. Ainda que não tenha chegado ao seu propósito inicial, tentou proteger direitos de todas as pessoas.

⁹²⁷ A Organização Internacional do Trabalho é considerada relevante pois os sujeitos de direitos passam a ser identificáveis (a gestante, a criança, os trabalhadores de minas, entre outros). As declarações editadas pela OIT possuem característica de *soft law* e o seu sujeito é identificado - o trabalhador.

⁹²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 20 abr. 2022.

⁹²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em:

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹³⁰. O Brasil e a Espanha são signatários de todos esses documentos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem tem estrutura bipartite. A primeira parte vai do art. 1º ao art. 21 e trata da primeira geração de direitos, dos direitos de liberdade de primeira dimensão. A segunda parte vai do art. 22 ao 30 e trata da conquista social; há um discurso social da cidadania, fala de saúde, trabalho, lazer, educação, ou seja, dos direitos de igualdade de segunda dimensão. Não são abordados os direitos de terceira dimensão, tais como os da coletividade e do meio ambiente.

A natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos pode ser vista sob duas perspectivas: formal (forma) e material (conteúdo). Em relação à forma, não é tratado internacional, é uma Resolução das Nações Unidas (resolução 217/1948). Em relação ao aspecto material, há duas correntes. A primeira entende que a Declaração Universal de direitos humanos não tem qualquer força vinculante, pois é um instrumento de *soft law*, não impõe sanção em caso de descumprimento, é um documento de conteúdo moral. A segunda é *jus cogens*, ou seja, é impositiva. Isso porque a Declaração de Direitos Humanos é tida como norma imperativa de direito internacional geral⁹³¹ e, de acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é nulo um tratado que no momento em que é elaborado e concluído é contrário a norma imperativa de direito internacional geral. O artigo 64 do mesmo diploma normativo internacional afirma que a superveniência de norma

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021.

⁹³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.º. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹³¹ O conceito de norma imperativa de direito internacional geral é dado pela própria Convenção de Viena sobre direito dos tratados em seu art.53 do Decreto 7.030/09: ". É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. " BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

imperativa de direito internacional geral torna nulo o tratado anterior que dispõe em sentido contrário⁹³².

Os Estados que celebraram a Declaração Universal firmaram o compromisso de realizar Conferências de tempos em tempos para rever aspectos da declaração. A primeira Conferência, em Teerã (1968), não apresentou grandes avanços. Na segunda, Conferência de Viena (1993), os Estados elaboraram a Declaração e Programa de Viena para resolver o problema do universalismo *versus* relativismo. A cultura e os costumes devem ser respeitados, mas têm como limites os direitos universais (art. 5º da declaração e programa de ação de Viena de 1993)⁹³³. A declaração também reafirmou o direito de liberdade de religião, culto e crença, ao lado da liberdade de pensamento e de expressão (art. 22º, da declaração e programa de ação de Viena de 1993)⁹³⁴.

Os impactos da Declaração Universal de Direitos Humanos são internacionais e internos. Internacionalmente, após a Declaração Universal, quase

⁹³² BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reservas aos artigos 25 e 66.**

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 20 abr. 2022. Artigo 64: " *Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.*"

⁹³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Mundial de Direitos Humanos. **Declaração e programa de ação de Viena de 1993.** Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 20 abr. 2022. Art.5º " *Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.*"

⁹³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Mundial de Direitos Humanos. **Declaração e programa de ação de Viena de 1993.** Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 20 abr. 2022. Art.22. " *A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela a todos os Governos para que adotem todas as medidas adequadas, em conformidade com as suas obrigações internacionais e no respeito pelos respectivos sistemas jurídicos, para combater a intolerância e a violência com ela conexa que tenham por base a religião ou o credo, incluindo práticas discriminatórias contra as mulheres e profanação de locais religiosos, reconhecendo que cada indivíduo tem direito à liberdade de pensamento, consciência, expressão e religião. A Conferência convida, igualmente, todos os Estados a porem em prática as disposições da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas na Religião ou no Credo.*"

todos os tratados têm citado a Declaração, reafirmando a *questão jus cogens*. Ainda assim, faltam na Declaração instrumentos de vindicação destes direitos. Por exemplo: estabelece o direito de liberdade, mas não prevê o *habeas corpus*. Para isto foi necessário construir dois instrumentos que trouxessem o processo, que dispusessem sobre os instrumentos processuais para reclamar os direitos e assim operacionalizar os direitos da Declaração Universal de Direitos Humanos: PIDCP (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos)⁹³⁵ e PIDESC (Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)⁹³⁶.

Entre os direitos assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos está o de liberdade religiosa. Interessante observar que, até então, nenhum documento internacional havia fixado limites ao exercício do direito de liberdade religiosa, mas esse Pacto apresentou restrições: Artigo 18. Item 3: *“A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”*.

Os Estados signatários desse Pacto possuem a obrigação de criar meios, documentos e procedimentos para que ocorra em seu país a efetivação dos direitos

⁹³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.º. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 20 abr. 2022. BRASIL. Decreto nº 592, de 6 julho de 1992 – **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 20 abr. 2022. *Artigo 18. 1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.”*

⁹³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.º. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

por ele assegurado. O Brasil e a Espanha são signatários do pacto e dos dois protocolos facultativos⁹³⁷.

Outro acréscimo do digno de nota no referido Pacto é a proteção das minorias étnicas e seu direito de professar e praticar a própria religião⁹³⁸. Esse documento trouxe ainda mecanismos de fiscalização para garantir e assegurar os direitos por ele protegido e o seu protocolo facultativo apresentou mecanismos de petições individuais (art. 40, Decreto 592/92)⁹³⁹. Assim, se o Estado signatário não assegura o exercício dos direitos previstos no Pacto, os mecanismos são utilizados para efetivação dos direitos e liberdades em âmbito internacional.

As particularidades regionais devem ser levadas em consideração. O sistema regional de proteção aos direitos humanos considera as particularidades e o aspecto geográfico das diferentes regiões. É constituído pelo sistema europeu (1950), pelo sistema interamericano (1969) e pelo sistema africano (1981).

Os Estados membros do Conselho da Europa⁹⁴⁰ criaram o avançado sistema europeu de proteção aos direitos humanos, que serve de paradigma para os demais, tendo inclusive inspirado o sistema interamericano de direitos humanos. O sistema europeu é integrado por documentos internacionais dos quais apenas membros do Conselho Europeu podem ser signatários, sendo os principais: a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades

⁹³⁷ O Primeiro Protocolo facultativo tem a finalidade de instituir mecanismos de análise de petições individuais das vítimas ao Comitê de Direitos Humanos. O Segundo Protocolo facultativo visa a abolição da pena de morte.

⁹³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021. *Artigo 27 “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”*

⁹³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021. BRASIL. Decreto nº 592, de 6 julho de 1992 – **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 20 abr. 2022

⁹⁴⁰ Conselho da Europa é uma organização internacional europeia que atua na defesa dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia. Fundado 1949 e, atualmente, conta com 46 países membros. Sendo seu órgão o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Fundamentais⁹⁴¹, adotada pelo Conselho da Europa em 1950 (entrou em vigor em 1953) e seus protocolos adicionais, e a Carta Social Europeia⁹⁴² e seus protocolos.

A Convenção Europeia entendeu ser necessário o controle judiciário para garantir a efetivação dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelos Estados membros, por isso instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 1959.

O marco inicial do sistema interamericano de direitos humanos foi a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Conferência Internacional Americana que ocorreu em Bogotá no ano de 1948⁹⁴³.

Atualmente, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são órgãos de monitoramento da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esse sistema regional tem como documentos basilares a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)⁹⁴⁴. Posteriormente, foram incorporados documentos complementares que abordam matérias específicas como tortura, discriminação contra portadores de deficiência física, entre outras. Esses documentos são utilizados como base normativa para a atuação dos órgãos de monitoramento: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), prevista no artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, possui uma atribuição consultiva, ou seja, emite pareceres. Poderão peticionar à Comissão: Estados; qualquer pessoa;

⁹⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

⁹⁴² UNIÃO EUROPEIA. **Carta Social Europeia**. (Estrasburgo – 1996). Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/carta-social-europeia-revista-20>. Acesso em 30 abr. 2022.

⁹⁴³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

grupos de pessoas; entidades não governamentais reconhecidas no território de um ou mais Estados que pertençam à Organização dos Estados Americanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, prevista no artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, possui uma atribuição consultiva, elabora pareceres, e possui função jurisdicional. Depois de esgotados os procedimentos internos dos Estados é possível peticionar à Corte. Poderão peticionar os Estados e a própria comissão. Para o Estado se submeter à Corte Interamericana, é necessário que tenha expressado seu consentimento. Essa manifestação de vontade pode se dar na assinatura da Convenção Americana ou por meio do Protocolo Facultativo.

O procedimento de petição à Corte Interamericana de Direitos Humanos é constituído de diversas etapas. Qualquer pessoa poderá peticionar à Comissão, alegando violação a direitos humanos. Devem ter sido esgotados todos os recursos internos do país ou não ter ocorrido a admissibilidade do pedido interno ou existir uma demora injustificada.

Primeiro é preciso apresentar a reclamação de infração aos direitos humanos à CIDH. Essa comissão irá receber a petição e elaborará um parecer, recomendando ao Estado que tome ações que estejam de acordo com o parecer. Apenas se o Estado se recusar a cumprir as recomendações contidas no parecer da comissão é que se abrirá a possibilidade desse caso ser apreciado pela Corte IDH.

Ressalta-se que o Estado não é obrigado a obedecer, mas, se não o fizer, o caso será apresentado à Corte Interamericana, que irá julgar. Por exemplo, no caso Maria da Penha, o caso chegou à Comissão Interamericana, que emitiu um parecer. O Brasil pagou uma indenização à dona Maria da Penha e criou uma lei de proteção à mulher vítima de violência doméstica. Se não o fizesse, o caso seria levado à Corte Interamericana.

No âmbito do sistema regional de proteção aos direitos humanos, destacam-se as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, que criaram a Corte Europeia e a Corte Americana de Direitos Humanos. Essas instituições ampliaram o acesso à justiça ao permitir que os indivíduos apresentem diretamente suas demandas às Cortes. Assim, a pessoa física tem capacidade internacional ativa e passiva. Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade: *“O direito de petição individual, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso direto à*

*justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos*⁹⁴⁵.

Após a criação dos Tribunais *ad hoc*, nos anos 90, para Ruanda e Ex-Iugoslávia, a comunidade internacional constatou que era preciso existir uma corte penal internacional com competência para punir os criminosos de guerra, os responsáveis por crimes contra a humanidade e o delito de genocídio. O documento internacional elaborado para atender tal necessidade foi o Estatuto de Roma (1998). Este diploma normativo internacional instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI) que iniciou suas atividades em 2002.

Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional estão descritos no artigo 5º do Estatuto de Roma. São eles: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. O Estatuto assegura a não discriminação por motivos religiosos (art.21, item 3, Decreto 4.388/02)⁹⁴⁶.

O Estatuto de Roma criou o TPI, uma corte permanente que, ao contrário das normas que regiam o tribunal *ad hoc*, segue os princípios da legalidade, da anterioridade, do juiz natural e da complementaridade.

Princípio da complementaridade: o Tribunal Penal Internacional atua de forma complementar à jurisdição do Estado. Isso significa dizer que a competência originária para o julgamento dos crimes previstos no Estatuto de Roma é do próprio Estado. O Tribunal Penal Internacional só vai atuar se o Estado se mantiver inerte, silente ou se for leniente.

O Estatuto de Roma já foi devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro (Decreto 4.388/02), já faz parte do nosso conjunto normativo. E, também, incorporado ao ordenamento jurídico espanhol – entrando em vigor em 01/07/2002⁹⁴⁷. O julgamento pelo TPI só se refere aos delitos cometidos após a

⁹⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century**. Columbia Human Rights Law Review - New York. 1998, p.14.

⁹⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 1992. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁴⁷ ESPANHA. **Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998**. Publicado en: BOE núm. 126, de 27/05/2002. Entrada en vigor: 01/07/2002. Referencia: BOE-A-2002-10139. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/ai/1998/07/17/1/con>. Acesso em 20 abr. 2022.

ratificação do Estatuto de Roma pelo país, assim, no caso do Brasil e da Espanha apenas infrações ocorridas após 2002.

É importante mencionar que o Tribunal Penal Internacional, como regra, só vai julgar indivíduos, não julga Estados. Quem julga Estados no cenário das relações exteriores, por exemplo, é a Corte Internacional de Justiça.

Em regra, o TPI julgará indivíduos de Estados que tenham ratificado o Estatuto de Roma. Todavia, excepcionalmente, poderá julgar indivíduos de Estados que não ratificaram o Estatuto de Roma. As exceções a esta regra são: quando houver indicação de investigação pelo Conselho de Segurança da ONU; se indivíduo for de Estado não signatário do TPI, mas estiver em território de Estado que seja signatário.

O Estatuto de Roma foi incorporado ao ordenamento brasileiro na forma do art. 5º, § 2º da CF/88. Assim, ele possui a disposição hierárquica de norma supralegal, ou seja, é aquela que se encontra acima de todas as regras do ordenamento jurídico brasileiro, porém logo abaixo da Constituição Federal de 1988. Em virtude dessa natureza jurídica do Estatuto de Roma, alguns autores afirmam a existência de inconstitucionalidades, incompatibilidades entre o Decreto 4.388/02 e a Constituição Federal de 1988.

O TPI é regido pelo princípio da complementaridade, o que significa dizer que a competência originária para o julgamento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e agressão internacional é do Brasil.

No caso brasileiro, os autores que são contrários à aplicação do Estatuto de Roma no país afirmam que não existe norma autônoma para cada um dos delitos, exceto para o genocídio. Assim, esse seria o único crime que o Brasil poderia julgar em seu território.

É fato que não existe norma autônoma para os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão internacional. No entanto, não há necessidade da presença de uma norma autônoma para o julgamento desses delitos e pode-se utilizar como base o próprio Estatuto de Roma. O Decreto 4.388/02 tem a previsão desses crimes. Assim o próprio Decreto 4.388/02 pode ser empregado como subsídio para o magistrado brasileiro julgar tais delitos.

Ressalta-se que o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal de 1988 aduz que o Brasil se submete a Tribunal Penal Internacional a que tenha manifestado a sua adesão. Desse modo, tendo o Brasil ratificado o Estatuto de Roma, deverá cumprir as suas regras.

A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, 1965⁹⁴⁸, é um tratado internacional elaborado em decorrência de três eventos históricos: I - Repúdio às práticas nazistas ocorridas na Segunda Guerra Mundial e o recrudescimento de atividades dessa natureza no continente europeu; II - Declaração de outorga de independência dos países e povos coloniais, em 1960, pela Assembleia Geral da ONU, que trouxe 17 novos Estados à ONU; III - Reunião de 25 Estados em Belgrado não alinhados à corrida armamentista entre Estados Unidos e União Soviética.

A Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo (2007)⁹⁴⁹ é o único tratado internacional de direitos humanos que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro na forma do art. 5º, § 3º, da CF, ou seja, aprovado pelo quórum qualificado de 3/5, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso. Dessa maneira, é o único tratado internacional de direitos humanos que possui a equivalência hierárquica de uma emenda constitucional. Todos os demais tratados de direitos humanos são equivalentes a norma suprallegal.

Já no seu preâmbulo, essa Convenção afirma a sua aplicabilidade para atender múltiplas situações de preconceito e discriminação contra pessoas com deficiência que podem ser agravadas por motivos religiosos: “(...) *Preocupados com as difíceis situações enfrentadas por pessoas com deficiência que estão sujeitas a formas múltiplas ou agravadas de discriminação por causa de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento, idade ou outra condição (...)*”.

O conceito de pessoa com deficiência é apresentado no artigo 1º da Convenção: “*Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30**

O propósito dessa Convenção é considerado como completo por prever ações no âmbito preventivo, de promoção da inclusão da pessoa com deficiência e no campo repressivo para se evitar ou punir a discriminação por motivo de deficiência⁹⁵¹. Sendo regida pelo princípio da dignidade humana, autonomia individual, independência das pessoas, não discriminação, plena e efetiva participação e inclusão social, acessibilidade, entre outros.

Como o Brasil ratificou o protocolo facultativo⁹⁵², se comprometeu com as metas de inclusão de pessoas com deficiência e aceitou ser monitorado pelos resultados pelo Comitê da ONU sobre direitos da pessoa com deficiência.

A Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções é constituída por oito artigos e visa assegurar a efetivação da liberdade de pensamento, consciência, expressão e de culto religiosos. Foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 36/55 (25/11/81) e se aplica a todos os países da ONU⁹⁵³.

Com o objetivo de eliminar qualquer forma de discriminação e intolerância religiosa, essa declaração acrescenta aos documentos internacionais previstos anteriormente que a discriminação por motivo de religião ou convicções é uma ofensa à dignidade humana. E, ainda, acrescenta nova previsão ao exercício da liberdade

de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁵¹ O conceito de discriminação por motivo de deficiência está no artigo 2º do Decreto 6.949/09: "(...) *Discriminação por motivo de deficiência*" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável." BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁵² O protocolo facultativo tem por objetivo o reconhecimento da competência do comitê pelo Estado, para que esse comitê possa receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas sujeitas à sua jurisdição alegando serem vítimas de violação das disposições do diploma.

⁹⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções.** Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981, pela Resolução 36/55. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/religiao.htm>. Acesso em 20 abr. 2022. Artigo 2º, §2 "Aos efeitos da presente declaração, entende-se por "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e, cujo fim ou efeito seja, a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."

religiosa: o direito das organizações religiosas existirem e serem administradas sem interferência dos Estados. Além disso, assegurou a liberdade de consciência, de pensamento, de expressão, de escrever, publicar, difundir publicações, de ensinar a religião, de receber contribuições financeiras de particulares, entre outras ⁹⁵⁴.

Os Estados membros da ONU empreenderão todos os esforços para adotar as disposições dessa recomendação, inclusive derrogar leis discriminatórias ou inserir novas leis em seu ordenamento jurídico que proíbam toda e qualquer discriminação por motivos ou convicções religiosas. Além disso, zelar pela erradicação da intolerância religiosa no país. No Brasil, além da Constituição Federal de 1988 (artigos: 5º, incisos VI, VII; 19, inciso I; 143, § 1º; 210, § 1º) que confere proteção à liberdade consciência, de crença e culto, a lei 7.716/89⁹⁵⁵ considera a intolerância religiosa crime. O Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH) é responsável pela coordenação de liberdade de religião ou crença, consciência, expressão e acadêmica (COLIB)⁹⁵⁶.

Já na Espanha a Constituição de 1978 dá ampla proteção à liberdade ideológica e religiosa e existem diversas leis infraconstitucionais regulamentando o direito de liberdade religiosa.

⁹⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções.** Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981, pela Resolução 36/55. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/religiao.htm>. Acesso em 20 abr. 2022. Artigo 6º - *“Conforme o artigo 1 da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do artigo 1, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades: a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins; b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas; c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção; d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas; e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins; f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições; g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção; h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção; i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional.*

⁹⁵⁵ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em 22 abr. 2022.

⁹⁵⁶ O trabalho da COLIB, em articulação com órgãos da administração pública federal, o Ministério Público, os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo dos entes federativos, as organizações da sociedade civil e organismos internacionais, a promoção a respeito às diferentes crenças e convicções. Informações retiradas do site <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/liberdade-de-religiao-ou-crenca/institucional>. Acesso em 20 abr. 2022.

Após a dissolução da União Soviética, em 1989, ressurgiu o sentimento de pertencimento de grupos étnicos ou nações e, com isso, emergiram novos documentos internacionais de proteção às minorias. Assim, uma das condições para um país ser membro do Conselho da Europa é a adesão a Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias (CELRM)⁹⁵⁷, Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (tratado multilateral do Conselho da Europa que visa proteger os direitos das minorias)⁹⁵⁸.

Cumpra lembrar que a Espanha é signatária da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que dispõe em seu artigo 9º:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

No direito espanhol, as normas sobre direitos fundamentais e liberdades insertas na Constituição de 1978 devem ser interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dos tratados e acordos internacionais ratificados pela Espanha (art.10.2 CE/1978). Além disso, o país é signatário da

⁹⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias**. (Estrasburgo, 1992) Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/carta_europeia_das_linguas_regionais_ou_minoritarias.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais**. (Estrasburgo, 1995) Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-quadro-para-proteccao-das-minorias-nacionais-22>. Acesso em 20 abr. 2022.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹⁵⁹ e seus protocolos adicionais e se submete às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)⁹⁶⁰.

O art. 46 da CEDH determina que as sentenças proferidas pelo TEDH devem ser cumpridas pelos Estados parte, como é o caso da Espanha, e o Conselho dos Ministros do Conselho da Europa zela pelo seu cumprimento. A parte que levou o seu caso ao Tribunal Constitucional Espanhol⁹⁶¹ e acredita que seu direito fundamental não foi assegurado poderá reclamar ao TEDH.

O TEDH não é uma instância superior aos órgãos jurisdicionais Espanhóis, sendo considerado um Tribunal Internacional e não uma entidade supranacional, pois não pode cassar ou anular diretamente as sentenças proferidas pelo TC ou derrogar leis. Para que a sentença proferida no âmbito do TEDH seja cumprida no território espanhol ele contará com a colaboração das autoridades espanholas.⁹⁶²

O TEDH julgou apenas um caso de violação do direito de liberdade religiosa pela Espanha, o caso Riera Blume e outros contra Espanha, sentença de 14 de outubro de 1999⁹⁶³. No dia 09 de março de 1999, a sala do TEDH declarou

⁹⁵⁹ A Convenção Europeia de Direitos do Homem foi ratificada pela Espanha no **Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente**. Publicado em: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁶⁰ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) foi criado em 1959 como órgão que garante o cumprimento das disposições da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) de 1950. A estruturação atual do TEDH foi reformulada pelo protocolo adicional nº 11 – que está em vigor na Espanha desde 1/11/1998.

⁹⁶¹ No caso da Espanha, há dois Tribunais superiores: O Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional. O Tribunal Supremo possui suas atribuições definidas no art.123 CE/1978. Já o Tribunal Constitucional está regulado nos arts. 161 e ss CE/1978. Na Espanha, o Tribunal Constitucional tem a função, estabelecida pela Constituição de 1978, de zelar pelos direitos fundamentais e liberdades públicas. Quando a pessoa não acredita que o Tribunal Constitucional Espanhol assegurou seus direitos fundamentais ela pode buscar proteção do TEDH.

⁹⁶² Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Fundación Konrad Adenauer, 2013 – ISBN 978-95857456. GIL, Alicia. **Eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España**. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Fundación Konrad Adenauer, 2013. Disponível em <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>. Acesso em 20 abr. 2022.

⁹⁶³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Riera Blume and othes v. Spain** (37680/97) – Julgamento em 14.10.1999. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-6630>. Acesso em 20 maio de 2022.

admissíveis as imputações de seis dos demandantes ao Estado Espanhol referentes à privação de liberdade que haviam sofrido (art. 5 CEDH) e violação da liberdade de pensamento, consciência e religião dos demandantes (art. 9 CEDH). O TEDH considerou que houve violação ao art. 5.1 CEDH por parte da Espanha. Em relação às alegações de violação ao direito de liberdade religiosa (art. 9 CEDH) – o TEDH entendeu que o centro das alegações era a violação ao art. 5.1 CEDH e que não precisaria examinar em separado a imputação ao art. 9 do CEDH. A Espanha foi condenada a pagar indenizações por danos morais e materiais às partes.

A Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes às minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas foi aprovada, em 1992, pela Assembleia Geral da ONU pela Resolução 47/135. Os Estados membros da ONU não são obrigados a adotá-la, por isso não previu sanções por seu descumprimento.

Essa Declaração não apresentou uma definição legal de minorias. Os estudiosos dos direitos das minorias, tais como sociólogos e juristas, não formaram consenso quanto ao seu conceito.

Minoria pode ser entendida em relação ao seu aspecto sociológico como: *“(...) um grupo de pessoas que diferem pela raça, pela religião, pela língua ou pela nacionalidade do grupo mais numeroso no meio do qual vive. Duas precisões devem ser feitas. Em primeiro lugar, um grupo só constitui uma minoria se tomar consciência de si próprio enquanto grupo diferente dos outros e, na maioria das vezes, socialmente inferiorizado, sobretudo se é assim visto pelos outros (...)”*⁹⁶⁴.

Por outro lado, minoria na perspectiva dos juristas é: *“um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosa ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstram, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação da sua cultura, das suas tradições, religião ou língua”*⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002. 653 p. Tradução de: Dictionnaire critique de la sociologie

⁹⁶⁵ CAPOTORTI, Francesco. **Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities**. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (UNOHCHR). 1998. Fact Sheet No.18 (Rev.1, Minority Rights.), p.96. *“A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.”*

Nos conceitos apresentados observam-se alguns pontos comuns: as minorias são numericamente inferiores (fator numérico), não dominantes (fator de não dominância) e possuem características peculiares da sociedade de determinado local e em certa época, querem preservar suas características específicas (fator de solidariedade) e ser aceitas pelo grupo social dominante (fator de cidadania). Há debates em relação ao fator numérico, pois existem situações em que poucas pessoas dominam a maioria da população. Por exemplo, na África do Sul, durante o *apartheid*, a minoria branca dominava a maioria negra. Assim, fator numérico não é determinante para o conceito de minorias.

Em relação à minoria religiosa é plausível o entendimento de que se trata de um grupo de pessoas, não dominantes, que professam determinada religião que não é a seguida pela maioria da população daquele local e naquela época e almejam manter suas crenças e cultos e ser aceitas pela sociedade. O fator solidariedade é relevante, uma vez que deve haver no grupo a manifestação, expressa ou tácita, de que deseja preservar suas características próprias.

O conceito de minorias ainda se encontra em construção. Atualmente, a definição clássica apresentada por Francesco Capotorti foi aperfeiçoada para ser mais inclusiva, de tal modo que os estudiosos da matéria entendem que todo agrupamento humano que tiver os seus direitos negados ou limitados, pode ser considerado minoria.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os países membros da Organização dos Estados Americanos assinaram, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), informalmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (22/11/1969)⁹⁶⁶.

O referido pacto entrou em vigor no Brasil 25 de setembro de 1992 com a promulgação do Decreto 678/1992⁹⁶⁷, sendo considerado uma norma de referência para proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no Brasil. O Pacto de

⁹⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

⁹⁶⁷ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

São José da Costa Rica, atualmente, está no ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma supralegal⁹⁶⁸.

O direito de liberdade religiosa tem a proteção geral do art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CDAH), que veda qualquer tipo de discriminação por diversos motivos, entre os quais a religião. O artigo 12 CDAH trata especificamente da liberdade de consciência e de religião e oferece ampla proteção, tanto nos aspectos ideológicos, de expressão, liberdade de cultos, liberdade para professar e divulgar sua religião e crenças, individual e coletivamente, em público e no âmbito privado. Garante o direito da pessoa não professar nenhuma religião, de não ser obrigada a mudar de religião e não sofrer medidas restritivas que possam afetar o exercício da sua religião. A Convenção admite a possibilidade de imposição de limites ao exercício do direito de liberdade religiosa, desde que tais limites sejam previstos em lei e se refiram a questões de segurança, ordem, saúde ou moral públicas ou os direitos e liberdades de outras pessoas (art.12 CADH).

A CADH protege a liberdade de pensamento e de expressão e no seu artigo 13.5 diz que a lei deve vedar propaganda ou apologia a diversas formas de discriminação (hostilidade, crime ou violência), entre as quais a discriminação religiosa. O artigo 16.1 assegura que as pessoas possuem o direito de se associar livremente com fins religiosos.

Não foram encontrados julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil no tema de garantia do direito à liberdade religiosa.

⁹⁶⁸ No julgamento do RE 466.343, com repercussão geral (Tema 60), os ministros do STF decidiram que os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e que não ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional (quórum qualificado) – ingressam como normas supraleais. Com isso, todas as normas infraconstitucionais que dispõem em sentido contrário ao descrito no Pacto de São José da Costa Rica ficam com seus efeitos paralisados.

CONCLUSÕES

Ao longo da história da humanidade, constata-se que inúmeros conflitos armados e disputas pelo poder tiveram como causa violações aos direitos fundamentais e às liberdades públicas, especialmente a liberdade de pensamento, de consciência, de crença e de religião. O que faz sentido, pois as pessoas que possuem religião a têm como elemento fundamental da sua vida digna e sua concepção de mundo. Daí decorre a importância do respeito à liberdade religiosa e da existência de garantias constitucionais que asseguram o exercício desse direito. Entretanto, assim como ocorre com outros direitos, a liberdade religiosa não é ilimitada e, de acordo com o princípio do dano de John Stuart Mill, o direito de liberdade religiosa é limitado a fim de se evitar a possibilidade de seu exercício causar dano a outrem.

A religião e o direito, desde as sociedades mais primitivas, fazem parte das organizações sociais. Mesmo nas organizações mais simples, os líderes do grupo social elaboravam alguma forma de instrumento para a regulação da convivência dos seus membros e estabeleciam as regras e os ritos religiosos. Existia uma crença nas normas básicas de conduta que agradavam aos Deuses e traziam prosperidade para a tribo. O respeito a essas normas evitava controvérsias infundáveis e assegurava a própria subsistência social do grupo. Desde tempos remotos, o Direito tem sido primordial para assegurar o exercício da religião.

A liberdade religiosa é um conceito dinâmico que varia de acordo com o tempo e espaço geográfico em que é construído. A princípio, significava que os Estados confessionais toleravam, com restrições, a existência de outras religiões não oficiais em seu território. Com o passar dos anos, os Estados passaram adotar uma postura não confessional, assegurando maior liberdade ideológica, de crenças, de cultos e de religião (o Estado não confessional respeita as liberdades religiosas e cria condições para aqueles que professam uma religião possam exercê-la). E, por fim, muitos Estados passaram a ser laicos (Estado neutro e imparcial em relação às questões religiosas). Com isso, o fenômeno religioso se ampliou e o pluralismo religioso, inclusive o direito de não ter religião, é acolhido pelo país e por sua população. O Estado laico não é um Estado ateu. Um Estado ateu nega a existência de Deus e veda a liberdade religiosa, pois impõe o ateísmo ao seu povo.

O direito se transforma de acordo com as transformações sociais. Das organizações familiares, tribos e a experiência jurídica primitiva até a comunidade politicamente estruturada e a atual configuração da ciência jurídica. A solução dos conflitos deixou de ser feita pela autotutela privada e foi transferida para uma terceira pessoa, um agente político. A tutela do exercício das crenças, ritos e cultos religiosos acompanha as transformações sociais.

Da metade do século XX em diante, os grupos sociais têm passado por significativas mudanças em diversos aspectos da existência humana: tecnológicos, científicos, políticos, econômicos e sociais. Mais recentemente, a difusão da rede mundial de computadores possibilitou que informações chegassem, quase simultaneamente, a todas as partes do globo e para muitas pessoas. O direito tem trabalhado para se adequar à sociedade globalizada da era da informação e da velocidade, por exemplo, com a governança global da internet e, no Brasil, com a aprovação do marco civil da internet (lei 12.965/2014) e na Espanha, a lei Sinde-Wert de 2012.

Atualmente, a Espanha é um Estado não confessional (art.16 CE/1978). Na Lei Maior de 1978, o Estado reconhece o valor público da religião, a reconhece como fato social e assume a relevância do fato religioso e, com isso, possibilita estabelecer a cooperação entre o país e as instituições religiosas para promoção do bem-estar social. Dessa forma, podem ser celebrados acordos entre a Espanha e as diversas confissões religiosas. Como exemplo, pode ser mencionado o acordo de 03 de janeiro de 1979 entre a Santa Sé e a Espanha. E também a lei 24/1992, que aprova acordo entre a Espanha e entidades evangélicas.

O direito de liberdade religiosa foi assegurado nas Constituições brasileiras desde 1824 (embora na vigência desse texto Constitucional o Brasil fosse um Estado Confessional). A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que possui como seus fundamentos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a dignidade humana (art.1º, I e III, CF/88). O Estado Brasileiro é laico e garantidor de todas as liberdades de consciência, crença e religiosa (art.5º, VI, VII e VIII e art.19, CF/88). As religiões, vistas como manifestações culturais, são protegidas em razão do pluralismo cultural (art.215, § 1º, CF/88).

Da mesma forma que as normas jurídicas se adequam às mudanças sociais, o direito processual deve estar em sintonia com a sociedade da época. As referidas normas, de acordo com a construção moderna do direito, são constituídas

de princípios e regras que proporcionam o bom funcionamento do sistema jurídico. Não há hierarquia entre princípios e regras. As regras proporcionam segurança e previsibilidade, uma vez que evidenciam os elementos normativos da conduta. Os princípios possuem elevado grau de abstração e generalidade. Em sua aplicação às situações concretas, faz-se necessária a ponderação de valores e a previsão da forma de incidência das regras (critério da validade ou exclusão). O binômio segurança jurídica e celeridade está em sintonia com o sistema de otimização dos princípios através do sopesamento dos valores constitucionais.

O princípio da proporcionalidade, adotado implicitamente pela Constituição Brasileira de 1988 e pela Constituição Espanhola de 1978, é aplicado como meio de interpretação de normas jurídicas dotadas de relevantes valores – tais como os direitos fundamentais. Utilizam-se os subprincípios doutrinários: a adequação entre o meio e o fim, a necessidade da medida e proporcionalidade em sentido estrito. O Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Tribunal Constitucional da Espanha já aplicaram o princípio da proporcionalidade para fazer o sopesamento entre direitos fundamentais em conflito e decidirem no caso concreto.

A metodologia da ciência processual voltou-se para o instrumentalismo e a concretização do direito substancial. Para tanto, os significados éticos, sociais e políticos passaram a fazer parte do plano processual, como objetivos metajurídicos. O processo civil focado na efetivação do direito material preocupou-se em aumentar a acessibilidade aos meios de tutela, diminuir o grau de formalidade dos procedimentos e dar mais celeridade aos meios de defesa. A efetividade do processo significa que a prestação jurisdicional pelo Estado foi de boa qualidade e com razoável duração do processo – sempre observando o princípio da eficiência, qual seja, alcançar o resultado pretendido com o mínimo dispêndio de recursos e maior grau de utilidade e satisfação dos resultados.

O enfoque instrumentalista do processo civil está presente na legislação brasileira e na espanhola. Ambas asseguram o exercício dos direitos fundamentais, entre eles o de liberdade religiosa. Está em sintonia com os seus mandamentos constitucionais a inclusão no ordenamento jurídico de meios para ampliação do acesso à justiça, como meios alternativos de soluções de conflitos e tutelas diferenciadas e a adoção da perspectiva instrumentalista do processo.

Os direitos humanos, como inerentes à condição humana, se estendem a pessoas de todos os povos e nações, independentemente de etnia, sexo, religião e

nacionalidade. E as cortes internacionais de direitos humanos têm o papel de assegurar o respeito a tais direitos, entre eles o de liberdade religiosa, por governos, instituições e entidades. Os Estados signatários de acordos internacionais de direitos humanos se comprometem a respeitar as decisões das cortes internacionais de direitos humanos. A Espanha é signatária da Convenção Europeia de Direitos Humanos e se submete às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (art. 46 CEDH). O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica e se submete às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dos casos julgados por ambas as cortes se constatou que decorreu bastante tempo entre a propositura da ação e a divulgação do seu resultado final. Observados os pressupostos para garantir a segurança jurídica, como um contraditório suficiente, é interessante dar mais celeridade aos processos nas cortes internacionais.

As Constituições do Brasil e da Espanha, no enfoque da efetividade do processo dentro do contexto das garantias constitucionais, estabelecem o direito fundamental à tutela jurisdicional eficiente e célere. Essas Constituições trouxeram mecanismos próprios para a tutela do direito de liberdade religiosa. Tanto no Brasil quanto na Espanha, para assegurar a tutela efetiva dos direitos fundamentais, é preciso que todos que fazem parte do processo cumpram seu papel de forma eficiente. O legislador tem a função de criar instrumentos processuais que possibilitem ao juiz a prestação jurisdicional de forma célere e segura. Por outro lado, o juiz, como gestor do processo, deve otimizar a sua atividade pelo manuseio das técnicas processuais mais efetivas para a tutela do direito material. Os advogados e as partes, quando chamados ao processo, devem atuar prontamente, com clareza e objetividade. Todos que fazem parte do processo devem cumprir seu papel de forma eficiente e célere.

O ordenamento jurídico brasileiro conta com as ações de controle de constitucionalidade e com as ações constitucionais para promover a concretização dos direitos fundamentais. A partir da análise dos julgados dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal, verificou-se o uso recorrente da ação direta de inconstitucionalidade para garantia dos direitos estabelecidos nos arts. 5º, VI e VII, e 19, I, da CF/88. Os remédios constitucionais do *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança foram bastante utilizados pelas partes para a garantia da liberdade religiosa. As demais ações constitucionais foram pouco utilizadas pelas partes para assegurar a efetivação do direito de liberdade religiosa constitucionalmente previsto. Com isso, o acesso da população às ações garantidoras do direito de liberdade

religiosa é limitado, já que as ações de controle de constitucionalidade são demoradas, exigem advogados especializados e possuem significativo custo financeiro para a parte.

A partir da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito de liberdade religiosa, foi possível constatar que foram julgadas poucas ações, individuais ou coletivas, para a tutela desse direito. O que pode ser justificado pelo fato da maioria da população do país ter dificuldade de acesso à Suprema Corte – seja pela percepção da população de que é demorada a tutela e a efetivação do seu direito fundamental pela Suprema Corte - seja pela ausência de recursos financeiros para levar um processo a ser apreciado pelo STF. Assim, além da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88) e da existência da defensoria pública (art. 134, CF/88) que já promovem o acesso dos mais desfavorecidos economicamente ao Poder Judiciário, sugere-se a criação de grupos especializados que promovam, gratuitamente, a tutela dos direitos fundamentais perante os tribunais superiores. Tais equipes podem ser constituídas pelos próprios Defensores Públicos ou dentro da assistência judiciária da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Em relação à demora para assegurar, juridicamente, o exercício do direito de liberdade religiosa no Brasil, é preciso alterar o meio jurídico buscado pela parte e seus advogados para tutela dos direitos fundamentais. Isso porque a ação de controle concentrado de constitucionalidade é naturalmente demorada. A Suprema Corte brasileira está abarrotada de demandas aguardando julgamento. Decorre daí a demora para restabelecer o livre exercício do direito de liberdade religiosa do demandante.

No caso brasileiro, uma das soluções que podem ser adotadas é divulgar e incentivar o uso das ações coletivas para tutela do direito de liberdade religiosa. Tais ações demonstram a urgência com que determinada ação deve ser julgada por estar atingindo diversas pessoas ou por pedir a tutela da integridade de grupos religiosos. O trâmite desse tipo de ação é bem mais célere do que o das ações de controle de constitucionalidade. Além disso, é um processo financeiramente menos dispendioso. A atividade do julgador no processo coletivo é relevante devido à projeção social dos interesses discutidos. Em relação aos aspectos objetivos e subjetivos, aplica-se de forma diferenciada os institutos e as técnicas processuais. A sugestão é que seja feito um trabalho conjunto de esclarecimento em entidades religiosas pelos próprios

legitimados a ingressar com as ações coletivas e pelas instituições de ensino da área jurídica.

Sugere-se alterar o ordenamento jurídico brasileiro para facilitar o acesso e dar prioridade à análise de demandas coletivas para a tutela dos direitos fundamentais. Observado o binômio segurança jurídica e celeridade, seriam elaboradas algumas normas infraconstitucionais para criação de um procedimento preferencial para as ações coletivas que envolvem a tutela de direitos fundamentais.

Na Espanha existe um Tribunal Constitucional, desvinculado do Poder Judiciário, que tem a função de julgar os recursos de amparo constitucional, entre os quais os que requerem a efetivação do direito à liberdade religiosa. Da análise dos julgados do Tribunal Constitucional, constatou-se que o número de pessoas comuns que tiverem o seu direito de liberdade religiosa agredido e conseguiram a tutela jurisdicional é maior na Espanha do que no Brasil. Talvez pela ampla legitimidade ativa para a propositura do recurso de amparo ou pelo fato de existir um Tribunal voltado para a tutela dos direitos fundamentais, verificou-se que o número de julgados sobre a efetivação da liberdade religiosa é bem superior na Espanha do que no Brasil.

O Tribunal Constitucional atende bem ao fim a que se propõe e se mostra eficiente para garantir a concretização dos direitos fundamentais e liberdades públicas para a população da Espanha. Uma das possíveis explicações para isso pode se dar pelo fato do Tribunal Constitucional ser desvinculado do Poder Judiciário, subordinado apenas à CE/1978 e à sua Lei Orgânica. Cada membro fica por um período máximo de nove anos e a cada três anos é renovada a terça parte desse tribunal. E, ainda, possui atribuição específica de julgar os recursos de amparo constitucional.

Um ponto a ser aprimorado pelo Tribunal Constitucional é a celeridade em seus julgamentos. O trâmite de um processo até chegar a ser julgado pelo referido tribunal possui diversas etapas e isso provavelmente diminui sua celeridade. Propõe-se um estudo mais aprofundado do tema para averiguar quais etapas desse trâmite processual poderiam ser suprimidas para os processos de tutela a direitos fundamentais sem que se prejudique a segurança jurídica.

O Poder Judiciário, tanto no Brasil quanto na Espanha, está abarrotado de processos e com a eficiência e a celeridade processual comprometidas. O interessado tem direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Ou seja, o processo deve dispor de instrumentos de tutela apropriados àquele caso concreto; todos os titulares dos direitos devem ter acesso a tais instrumentos; feita a reconstituição dos

fatos relevantes para completa apreciação da ação pelo julgador, o resultado do processo deve proporcionar utilidade e gozo pleno ao vencedor, para que seja alcançado um resultado processual satisfatório com o mínimo dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia.

A efetivação do direito fundamental de liberdade religiosa não se dará apenas com o aprimoramento do fator celeridade processual. É preciso apreciar o binômio segurança jurídica e celeridade. A opção pelo esgotamento de todas as possibilidades para a apuração dos fatos em detrimento da razoável duração do feito pode implicar a perda da utilidade do resultado da ação para a parte. Por outro lado, pular etapas na apuração dos fatos em prol da celeridade pode prejudicar a apuração da verdade e a justiça da decisão. Por isso, sugere-se a elaboração pelo legislador de normas que criem um procedimento preferencial para a tutela dos direitos fundamentais. Essas demandas seriam colocadas na frente na fila, o que geraria mais celeridade, mas não teriam seu procedimento sumarizado a ponto de prejudicar a segurança jurídica na apreciação dos fatos.

A efetividade do processo também passa pela atuação do juiz. As tutelas de urgência, cautelar e antecipatória, possibilitam que o juiz apresente uma resposta rápida à parte que preencher os pressupostos legais. A tutela condenatória (incluindo a mandamental e a executiva), utiliza-se de diversos expedientes e técnicas para promover a entrega do bem jurídico à parte vencedora da ação. A tutela satisfativa é tida como um gargalo para a efetividade processual - depende do emprego adequado dos mecanismos de execução e superar outras barreiras não jurídicas.

As atividades jurisdicionais exercidas nas instâncias recursais refletem na efetividade do processo. A atuação do julgador no juízo de admissibilidade ou na análise do mérito abrange as funções de interpretação, sopesamento e argumentação. O exercício criterioso dessas funções demanda tempo e, por isso, depende do ponto ótimo da aplicação do binômio segurança jurídica e celeridade.

Diversos fatores sociais, políticos, econômicos, legislativos, administrativos e financeiros influenciam o funcionamento da máquina judiciária. Para um melhor funcionamento do judiciário, faz-se necessário que todos os poderes constituídos e os cidadãos queiram promover uma mudança na mentalidade da sociedade - a começar pelos profissionais do Direito, no sentido de valorizar a pacificação social e os meios alternativos de solução de conflitos.

A efetividade dos direitos fundamentais é essencial para a construção de uma sociedade democrática, livre, justa e solidária. Assim, a tutela efetiva dos direitos fundamentais, entre eles a liberdade religiosa, é primordial para a existência de um Estado Democrático de Direito e para efetivação da dignidade humana. Dada a importância do tema, é plausível apresentar sugestões que implicam mudança do texto Constitucional e de legislação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIANI, Maurilio. **História das religiões**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANTIOQUIA, Santo Inácio de. **Padres Apostólicos**, volume I, Coleção Patristica, Editora Paulus. Tradução: Ivo Storniolo, Euclides M. Balancin

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO, J. Oliver. **La Constitución Republicana de 1931**. Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 6, n.1, 1997

ARISTÓTELES. **Política**. In: Os pensadores – Aristóteles. Ed. Nova Cultural, São Paulo. 1999. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch, Baby Abrão.

ARMSTRONG, Karen. **Em defesa de Deus**: o que a religião realmente significa. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215, jan./mar. 1999, p. 151-179.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Ações Coletivas passivas: reflexões sobre sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2016. p.555.

BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1975.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002. 653 p. Tradução de: Dictionnaire critique de la sociologie.

BOYCE, Mary. **A History of Zoroastrianism, Zoroastrianism under the Achaemenians**. Leiden/Köln: BRILL. 1982.

BRANDÃO, Rodrigo. **A ordem do mundo e o homem: estudos sobre metafísica e moral em Voltaire**. Tese de doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107?detalhes=true>. Acesso em 20 jan. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, **El procedimiento de las acciones de grupo** (Class Actions) en los Estados Unidos de América, Justicia: Revista de Derecho Procesal, Nº 1, 1994, págs. 67-124.

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La posición del Juez en los procesos colectivos, **La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía**, 2005, págs. 1341-1362

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona. José Maria Bosch editores, 1995.

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo; GARCIA, Rodríguez Nicolás. **Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional**, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm., 2, 1999, pp. 1828-1840.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico**. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodivm.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, volume 1.

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta de Pero Vaz de Caminha**. IN: PEREIRA, Paulo Roberto (org.). **Os três únicos testemunhos do descobrimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities**. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (UNOHCHR). 1998. Fact Sheet No.18 (Rev.1, Minority Rights.).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO. Edison. **Candomblés da Bahia**. Rio de Janeiro: ed. Ouro, 1959.

CARR. Raymond. **España 1808-1939**. Barcelona: Ariel, 1970.

CASTRO. Eduardo Góes de. **A torre sob vigia: as testemunhas de jeová em São Paulo (1930-1954)**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em história social do departamento de história da faculdade de filosofia, letras e ciências humanas da Universidade de São Paulo. Orientadora: Dra. Maria Luiza Tucci Carneiro. São Paulo, 2007, 173p.

CASTRO MENDES, Aluíso Gonçalves de. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2.º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CASTRO MENDES, Aluíso Gonçalves de. CASTRO MENDES, Carolina Paes de. **O Direito Processual Coletivo o Novo Código de Processo Civil**. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v.20, n.3, Setembro – Dezembro 2018.

CESAREIA, Eusébio de. **História Eclesiástica**. São Paulo: Paulus, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.

CONSTANT, Benjamin. **De la Liberté chez les Modernes** Marcel Gauchet, org. Loura Silveira, trad. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.

COSTA, Adriano Soares da. **Humberto Ávila, autoritarismo hermenêutico e o TSE**. Disponível em: <https://goo.gl/Zatxuc>. Acesso em 12 jul. 2022.

COSTA, Bruno Moraes; SANTOS, Francisco de Assis Souza. **Ressocialização mediada pela assistência religiosa: direito dos encarcerados no sistema penitenciário**. Revista Eletrônica de Teologia e Ciências das Religiões. ISSN 2358-3037. 28 p. Disponível em <https://revista.fuv.edu.br/index.php/unitas/article/view/615/523>. Acesso em 05 jul. 2022.

COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Os “três Agostinhos” do livre arbítrio/liberdade**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, nº 17, 2018. UFPI, Teresina. f. 246-266.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

D'AGOSTINO, Francesco. **Diritto e giustizia**. Per una introduzione allo studio del diritto. Milão: San Paolo, 2004.

DAIBERT JR., Robert. A religião dos Bantos: novas leituras sobre o calundu no Brasil colonial. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v.28, n.55, p.7-25, jan/jun, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DICIO. Dicionário online de Português. Disponível em <http://www.dicio.com.br/ateismo/>. Acesso em 04 fev. 2022.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2016, n. 256.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions, 115 Mich. L. Rev. 171 (2016). Disponível em: < <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss2/1> >. Acesso em: 05 out. 2022.

DURANT, Will. **Caeser and Christ**. Editora: MJF Books, New York, 1950.

DURANT, Will. **The story of Philosophy: the lives and opinions the great philosophers of the western world**. Simon and Schuster. New York. 1961.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **Religião sem Deus**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019

ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución Española de 1978 como pacto social y norma jurídica**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2008, pp. 371-398. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039016>. Acesso em 28 abr. 2022.

FERLINI, Vera Lúcia. **A civilização do açúcar** (séculos XVI a XVIII). São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 8. Ed. rev. Ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERNANDES, Paulo César da Conceição. **As origens do Espiritismo no Brasil: Razão, Cultura e Resistência no Início de uma Experiência (1850-1914)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. 2008.

FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. **Derecho Público Romano**. Navarra, Aranzadi: Thomson Reuters, 2012.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. Capítulo histórico do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FEUERBACH, Ludwig. **Preleções sobre a essência da religião**. Tradução: José da Silva Brandão. Petrópolis: Vozes, 2009.

FONSECA, Dante Ribeiro da. **Das bandeiras às fronteiras – São Paulo, Belém e a expansão a oeste de Tordesilhas**. In: A Defesa Nacional: Revista de assuntos militares e estudos de problemas brasileiros. Editor: Alexandre Moreno dos Santos. Composição: Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Ano CV – N º 834 – 3º Quadrimestre de 2017. ISSN: 0011-7641.p.40. Disponível em ebrevistas.eb.mil.br/ADN/article/view/1324/1263. Acesso em 25 jan. 2022

FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. **Habeas Corpus**. In: Ações Constitucionais. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2007.

GEERTZ, Clifford. **A Religião como Sistema Cultural**. In: GEERTZ, Clifford. A Interpretação das Culturas. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GIL, Alicia. **Eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España**. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Fundación Konrad Adenauer, 2013. Disponível em <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>. Acesso em 20 abr. 2022.

GIL, Antonio Hernandez. **El cambio politico español y la Constitución**. Madrid: Grupo Planeta, 1982.

GILABERT, Francisco Martí. **La Desamortización española**. Madrid: Ediciones RIALP, 2003

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2ª ed., São Paulo: SRS, 2008.

GOODMAN, Martin. **Rome and Jerusalem: The Clash of Ancient Civilizations**. London: Penguin Books, 2008.

GRAU, Roberto Eros. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988

GRINBERG, Keila. **Nova língua interior: os judeus no Brasil**. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/judeus.html>. Acesso em 01 fev. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Pellegrini Ada. **Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1975, p.VII, 177p.

GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Um diálogo sobre Deus e o mundo**. Era das Transições. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, G. W. F. **A Razão na História: Uma introdução geral à Filosofia da História**. Trad. Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

HOORNAERT, Eduardo. **A evangelização do Brasil durante a primeira época colonial**. In: HOORNAERT, Eduardo. et al. (orgs.). **História da Igreja no Brasil – Tomo II/1**. Petrópolis: Vozes; Paulinas, 1983.

HUME, David. **História Natural da Religião**. São Paulo: Unesp, 2005.

ISAIA, Artur Cesar. **Brasil: três projetos de identidade religiosa**. Organizadores: RODRIGUES, CC; LUCA, TR; e GUIMARÃES, V. **Identidades brasileiras: composições e recomposições**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, pp175-202.

JARDÉ, Auguste. **A Grécia antiga e a vida grega**. São Paulo: EDUSP, 1977.

JELLINEK, G. **Teoria General del Estado**, 1936 citado por RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa uma proposta para debate**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

JOHNSON, Paul. **A História do Cristianismo**. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Dimensões do trabalho humano e tutela jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. I, p. 169, 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1959.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Society and Nature: A Sociological Inquiry**. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1943.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

LESKY, Albin. **História da literatura grega.** Trad. Manuel Losa. Lisboa-Portugal. Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

LEWIS, C.S. **Cartas de um diabo ao seu aprendiz.** Tradução: Juliana Lemos; revisão da tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros; revisão técnica Geuid Dib Jardim. 2º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença: e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro).** 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

LLAMAZARES, Calzadilla Maria Cruz. **Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático.** Madrid: Civitas, 1999, p. 178.

MAESTRI, Mário. **Uma história do Brasil: colônia.** E. Ed. São Paulo: Contexto, 2002.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Popular**. 3º ed., São Paulo: RT, 1998.

MARIANO, Ricardo; PIERUCCI, Antônio Flávio. O envolvimento dos pentecostais nas eleições de Collor. **Novos Estudos Cebrap**, 34, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. **Teoría general del derecho procesal**. Coruña: Tórculo Edicións, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: RT, 1989.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. **Ação coletiva no direito comparado e nacional**. 2ªed. Revista e atualizada – temas atuais de processo civil. Vol.4. São Paulo: RT, 2010.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Wisehouse Classics. Suécia. 2016.

MINTZ, Sidney; PRICE, Richard. **O nascimento da cultura afro-americana: uma perspectiva antropológica**. Rio de Janeiro: Pallas editora e universidade Cândido Mendes, 2003.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. RT 416/9. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758635/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira.pdf. Acesso em 07 mar. 2022.

NASCIMENTO, Alessandra Amaral Soares. Candomblé e umbanda práticas religiosas da identidade negra no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção – RBSE**, 9 (27): 923 a 944. ISSN: 1676-8965, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html>. Acesso em 24 jan 2022.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

NOGUEIRA, Paulo Augusto de Souza. **O cristianismo primitivo como objeto da história cultural: delimitações, conceitos de análise e roteiros de pesquisa.** Antíteses, [S.l.], v. 8, n. 16, p. 31-49, jan. 2016. ISSN 1984-3356. Disponível em <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/22732>. Acesso em 01 fev. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11. Ed. ver., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodvim, 2016.

OBSERVATORIO DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN ESPAÑA. Disponível em <http://www.observatorioreligion.es/>. Acesso em 04 fev. 2022.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

OLIVEIRA, Pedro Assis Ribeiro de. **Pertença/desafeição religiosa: recuperando um antigo conceito para entender o catolicismo hoje.** Horizonte, v. 10, n. 28, p. 1230-1254, out.-dez. 2012. Disponível em <https://bit.ly/2KhSajq> Acesso em 02 fev. 2022.

PAYNE, Stanley G., ***El catolicismo español***, Barcelona, Editorial Planeta, 2006.

PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto.** Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 6, año III, febrero de 1998, Universidad Carlos III de Madrid-BOE.

PICÓ I JUNOY, Joan, **Las garantías constitucionales del proceso**, segunda ed., Barcelona, Bosch, 2012.

PLATÃO. **A República**. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

PLATÃO; XENOFONTE; ARISTÓFONES. **A defesa de Sócrates. Ditos e feitos memoráveis de Sócrates/Platão; Apologia de Sócrates/Xenofonte. As nuvens/Aristófanes**; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazyniski. 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

PRADO JUNIÓR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

REIMER, Haroldo. **Liberdade Religiosa na História e nas Constituições do Brasil**. São Leopoldo: Oikos, 2013.

RENNER, José Alcides. **A objeção de consciência ao serviço militar como forma de desobediência civil frente às obrigações e políticas militaristas: o caso do Movimento de Objeção de Consciência na Espanha**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 11, p. 321-324, 2 jun. 2012.

RIBAS, Joaquim. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **A fundação do Brasil: testemunhos (1500-1700)**. Petrópolis: editora Vozes, 1992.

RIBEIRO, Darci G. **La pretensión procesal y tutela judicial efectiva**. Barcelona Bosch, 2004, nº 9.5, p.158-161.

RIVES, J. B. **Religion in the Roman empire**. In: HUSKINSON, J. (Ed.). **Experiencing Rome. Culture, identity and power in the Roman Empire**. Londres: Routledge, 2000, p. 245-275.

RIVES, J. B. **The Decree of Decius and the Religion of Empire**. The Journal of Roman Studies, vol. 89, p. 135-154, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (dir.); BRAVO-FERRER (dir.); BAAMONDE, Maria Emília Casas (dir.); ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (ed.lit); PEÑALVER, Jesús Remón (ed.lit); MANZANO, Mercedes Pérez (coord.); INIESTA, Ignacio Borrajo (coord.). **Comentarios a la Constitución Española**. XL ANIVERSARIO. Editores: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Ministerio de Justicia. ISBN: 978-84-340-2503-2018. Madrid, 2018.

ROLIM, Francisco Catarxo. **Pentecostais no Brasil – Uma Interpretação Sócio-Religiosa**. Petrópolis, Vozes, 1985.

RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. **Derecho Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1965.

SÁ JR, Mário Teixeira. **A invenção do Brasil no mito fundador da umbanda.** Revista Eletrônica História em Reflexão: Vol.6 n.11- UFGD – Dourados jan/jun 2012. Artigo. Disponível em <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/1892> Acesso em 28 jan. 2022.

SACRAMENTO, Bruno. **A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy.** Revista de Direito da FGV, v. 15, n. 2, 2019, e1917. Disponível em doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917>. Acesso em 13 de jul. 2022.

SANCHO, J. Mantecón. **El derecho fundamental de libertad religiosa.** Ed. Pamplona, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1º vol., 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. Ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil.** In GRINOVER, Ada Pellegrini Grivoner et al. (coordenadores):

Processo coletivo: do surgimento à atualidade, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

SENDRA, Vicente Gimeno; MORAL, Antonio Torres Del; ALLARD, Pablo Morenilla; MARTINEZ, Manuel Diaz. **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**. 2º ed. Madrid: Edisofer, 2017.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Editora Método, 2006.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins. Trad: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006,

SILVA, Gilvan Ventura da; MENDES Norma Musco (org.). **Repensando o Império Romano: perspectiva socioeconômica, política e cultural**. Rio de Janeiro: Mauad; Vitória, ES: EDUFES, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**. Doutrina e processo. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Afonso José. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção, direito do cidadão**. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/104154/1988_23%20a%2030%20de%20Setembro_%20065.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 05 mar. 2022.

SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luís Gustavo Teixeira da. **Laicidade do Estado: dimensões analítico-conceituais e suas estruturas normativas de funcionamento** (artigo). Revista Sociologias, ano 21, n.51, maio-ago 2019, p.278-304. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215113>. Acesso em 04 fev. 2022.

SILVA, Vagner Gonçalves da. **Candomblé e umbanda – caminhos da devoção brasileira**. 1º ed. São Paulo: Ática, 1994.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmento. **Direito Constitucional: teoria, história, métodos de trabalho**. 1º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança**. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em 03 fev. 2022.

SOUZA, Marina de Mello e. **África e Brasil africano**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2007.

SOUZA, Thomaz Marcondes de Souza. **O descobrimento do Brasil – estudo crítico**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEVET, André. **As Singularidades da França Antártica**. Belo Horizonte: Itatiaia / São Paulo: EdUSP 1978.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O conceito de liberdade em Santo Agostinho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jan./Dez. 2006. p. 1079-1091.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, Versão e-book.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century**. Columbia Human Rights Law Review - New York. 1998.

UNAMUNO. Miguel. **Niebla**. 1914. Domínio público. 101 páginas. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000082.pdf>. Acesso em 07 fev. 2022.

VATICANO. Aid to the Church in Need (ACN). Fundação Pontifícia. **ESPANHA - Disposições legais em relação à liberdade religiosa e sua aplicação efectiva**. In: Liberdade Religiosa no Mundo – Relatório 2021. Disponível em: <https://acninternational.org/religiousfreedomreport/wp-content/uploads/2021/05/ESPANHA.pdf>. Acesso em 15 fev. 2022

VEYNE, Paul. **Quando o nosso mundo se tornou cristão**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2007.

VIDE, Dom Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. (Impressas em Lisboa no ano de 1719, e em Coimbra em 1720). São Paulo: Typographia 2 de dezembro, 1853. Disponível em www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291. Acesso em 18 jan. 2022.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Direito Tributário Definitivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau. Tradução: Paulo Neves. 2 ed. Martins Fontes. São Paulo, 2000.

WARBUNTON, Nigel. Free Speech: a very short introduction. Oxford University Press. Oxford. 2009.

WEBER. Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOODHEAD, Linda. **Five concepts of religion**, International Review of Sociology, 21: 1, 121-143. 2011. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254296026_Five_concepts_of_religion/link/579a1f0c08ae425e491833f5/download. Acesso em 15 jul. 2021.

WOODS JR, Thomas E, **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução: Élcio Carillo, revisão de Emérico da Gama. 9º ed. São Paulo: Quadrante, 2014.

REFERÊNCIAS DOS ATOS NORMATIVOS

AMAZONAS. **Lei Promulgada nº 74 de 11/02/2010**. Disponível em https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2010/9014/9014_texto_integral.pdf. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 11 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EM. Acesso em 11 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 15 jul. 2022.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código criminal do Império do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. **Promulga o Código de Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Decreto 119-A. 07 de janeiro de 1890. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 06 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. **Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em 01 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 18, de 11 de dezembro de 1945. **Revoga o parágrafo único do art. 96 da Constituição**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT018.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4166.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Institui o Código Eleitoral.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5021.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 552, de 25 de abril de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0552.htm. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. **Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6923.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em 22 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8239.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 julho de 1992 – **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 1992. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Estabelece normas para as eleições**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.507, 12 de novembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm. Acesso em 22 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 13 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9982.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm#art2. Acesso de 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 16 de jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. **Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.796, de 3 de janeiro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13796.htm. Acesso em 05 jul. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5139/2009. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2012. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106771>. Acesso em 07 mar. 2022.

ESPANHA. **Constituição de 1808 – Estatuto de Bayona.** Disponível em https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/Bayona_cd.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

ESPANHA. **Constitución Española de 1812.** Disponível em <https://www.congreso.es/en/web/guest/cem/const1812>. Acesso em 07 fev. 2022.

ESPANHA. **Constitución de la Monarquía Española año 1837.** Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf. Acesso em 07 fev. 2022.

ESPANHA. **Constitución de la Monarquía Española año 1845.** Disponível em https://www.senado.es/web/conocersenado/senadohistoria/senado18341923/Constitucion1845/detalle/index.html?id=18450523_CONSTITUCION. Acesso em 07 fev. 2022.

ESPANHA. **Concordato de 1851.** Disponível em <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/concordato1851>. Acesso em 08 fev. 2022.

ESPANHA. **Constitución Democrática de la Nación Española.** Promulgada el día 8 de junio de 1869. Disponível em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf. Acesso em 08 fev. 2022.

ESPANHA. **Constitución Española de 1876.** Disponível em https://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre_018546.pdf. Acesso em 08 fev. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Disponible em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em 05 mai. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.** Disponible em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2021-117. Acesso em 05 mai. 2022.

ESPAÑA. **Constitución Española de 1931.** Disponible em https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf. Acesso em 10 fev. 2022.

ESPAÑA. **Constitución de España de 1978.** Disponible em <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

ESPAÑA. **Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales**, hecho em Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado em: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. Disponible em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>. Acesso em 20 abr. 2022.

ESPAÑA. **Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional**, hecho em Roma el 17 de julio de 1998. Publicado em: BOE núm. 126, de 27/05/2002. Entrada em vigor: 01/07/2022. Referencia: BOE-A-2002-10139. Disponible em [https://www.boe.es/eli/es/ai/1998/07/17/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/1998/07/17/(1)/con). Acesso em 20 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.** BOE núm. 3, de 03/01/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/26/62/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, legislativo sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-5950>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.** BOE núm. 239, de 05/10/1979. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.** Publicado em: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>. Acesso em 20 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley 48/1981, de 24 de diciembre, de clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-637>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>. Acesso em 05 mai. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.** «BOE» núm. 170, de 18/07/1983. Disponible en <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1983-19946>. Acceso em 30 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.** BOE núm. 74, de 27/03/1984. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1984/03/26/2/con>. Acceso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».** «BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1984. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-11620>. Acceso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.** Disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-28224>. Acceso em 03 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.** Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-28226>. Acceso em 03 mar. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto 551/1985, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia.** Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-7171>. Acceso em 03 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em 05 mai. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1989-8712>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 17/1989, de 23 de octubre, de Creación de Escalas del Personal Sanitario al Servicio de la Comunidad Autónoma.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-3457>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto 521/1990, de 27 de abril por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-9943>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-23337>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria..** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16132>. Acesso em 03 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.** Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>. Acesso em 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998**. Publicado en: BOE núm. 126, de 27/05/2002. Entrada en vigor: 01/07/2022. Referencia: BOE-A-2002-10139. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1998/07/17/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/1998/07/17/(1)/con). Acceso en 20 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas**. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-11194>. Acceso en 03 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. BOE núm. 7, de 08/01/2000. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>. Acceso en 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado**. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-20823>. Acceso en 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483>. Acceso en 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar**. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-19880>. Acceso en 01 mar. 2022.

ESPAÑA. **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.** «BOE» núm. 245, de 11/10/2011. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>. Acesso em 30 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.** Disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442. Acesso em 24 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaration of Independence: A Transcription.** National Archives. Disponível em <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em 10 nov. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Bill of Rights.** National Constitution Center. Disponível em <https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/bill-of-rights>. Acesso em 10 nov. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The U.S. Constitution.** National Constitution Center. Disponível em <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/full-text>. Acesso em 10 nov. 2021.

FRANÇA. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Ambassade de France au Brésil. Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 10 nov. 2021.

INGLATERRA. **MAGNA CARTA – 1215.** Outorgada pelo Rei João sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

INGLATERRA. **Petição de Direitos** (*Petition of Rights*) – 1628. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

INGLATERRA. **A Lei do “Habeas Corpus”** (*Habeas Corpus Act*) – 1679. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hc1679.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Promulgada em São Francisco, em 26 junho 1945. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 15 jul 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Mundial de Direitos Humanos. **Declaração e programa de ação de Viena de 1993**. Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 dezembro 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI)

da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.º. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções.** Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981, pela Resolução 36/55. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/religiao.htm>. Acesso em 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. HRI/GEN/1/Ver.9 (Vol. I) 27 de mayo de 2008. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/35/PDF/G0842235.pdf?OpenElement>. Acesso em 5 mai. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** – 02 de abril de 1976.

Disponível em

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 14 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004. Disponível em <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-12131-2004-rio-grande-do-sul-acrescenta-paragrafo-unico-ao-artigo-2o-da-lei-no-11-915-de-21-de-maio-de-2003-que-institui-o-codigo-estadual-de-protecao-aos-animais-no-ambito-do-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em 21 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2011.915.pdf>. Acesso em 21 abr. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.563, de 11 de março de 2021**. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em 21 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. (Roma – 1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 30 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta Social Europeia**. (Estrasburgo – 1996). Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/carta-social-europeia-revista-20>. Acesso em 30 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias**. (Estrasburgo, 1992) Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/carta_europeia_das_linguas_regionais_ou_minoritarias.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais.** (Estrasburgo, 1995) Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-quadro-para-proteccao-das-minorias-nacionais-22>. Acesso em 20 abr. 2022.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diário da Justiça. Edição nº 107/2016. Brasília-DF, disponibilização sexta-feira, 24 de junho de 2016. Disponível em https://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ107_2016-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO. Acesso em 16 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.128.739/RJ**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8590071/recurso-especial-resp-1128739-rj-2009-0049436-2-stj/relatorio-e-voto-13674643>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 336.857/DF**. Órgão julgador: quinta turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgamento em: 11/10/2005. Publicação: DJe 07/11/2005. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7186818/recurso-especial-resp-336857-df-2001-0092698-0/inteiro-teor-12924601>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 906.400/SP**. Órgão Julgador: 2º turma. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 22/05/07. DJe 01/06/07. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8931194/recurso-especial-resp-906400-sp-2006-0248864-7/inteiro-teor-14098643>. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 912.489/RS**. Órgão julgador: Primeira turma. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 26/02/2008. Publicação DJe 28/04/2008. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22912849%22%29+ou+%28RESP+adj+%22912849%22%29.suce>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 818.725/SP**. Órgão Julgador: 2º turma. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 13/05/08. DJe 16/06/08. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7070621/recurso-especial-resp-818725-sp-2006-0030025-4/inteiro-teor-12817932>. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo: REsp 1.110.549/RS**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Publicação DJ 14/12/2009. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6116413/recurso-especial-resp-1110549-rs-2009-0007009-2/inteiro-teor-12257639>. Acesso em 06 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 700.206/MG**. Órgão Julgador: 1º turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 09/03/10. DJe 19/03/10. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8559655/recurso-especial-resp-700206-mg-2004-0157950-3/inteiro-teor-13666278>. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.070.896-SC**. Órgão julgador: segunda turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. J. 14/04/2010. Dje. 04/08/2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135653/recurso-especial-resp-1070896-sc-2008-0115825-6/inteiro-teor-19135654>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo: REsp 1.101.808/SP**. Órgão julgador: primeira turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Julgado em 17/08/2010. Publicação DJe 05/10/2010. Disponível em [tj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16803361/recurso-especial-resp-1101808-sp-2008-0254163-2/inteiro-teor-16803362](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16803361/recurso-especial-resp-1101808-sp-2008-0254163-2/inteiro-teor-16803362). Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 107.198-SP**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5710542/conflito-de-competencia-cc-107198-sp-2009-0156772-3-stj/relatorio-e-voto-11870516>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 2**. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 150**. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula150.pdf. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 995995/DF**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/08/2010, DJe 16/11/2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133788/recurso-especial-resp-995995-df-2007-0241447-0/inteiro-teor-19133789>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo: REsp 1.247.150/PR**. Corte Especial. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 19/10/2011. Publicação DJ 12/12/2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21027978/recurso-especial-resp-1247150>. Acesso em 06 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SÚMULA 489**. Corte Especial, julgado em 28/06/2012, publicada no DJe em 01/08/2012. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=S%C3%BAmula+489+do+STJ>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl na MC 19.774/SP**. Órgão julgador: 3º turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 02/10/2012. Publicação: DJe: 05/10/2012. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS Nº 34.363-MT**, Órgão julgador: 2º turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 6/12/2012. Publicado em DJe 19/12/2012. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866234258/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-34363-mt-2011-0101996-4/inteiro-teor-866234268?ref=juris-tabs>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no REsp 1.064.075/RS**. Órgão julgador: sexta turma. Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Julgado em 02/04/2013. Publicação DJe 12/04/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865476754/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-1064075-rs-2008-0122235-2>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.410.520/MG**. Órgão julgador: Segunda turma. Relator: Ministra Eliana Calmon. Julgado em 03/12/2013. Publicação DJe 10/12/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24800672/recurso-especial-resp-1410520-mg-2013-0345394-4-stj/inteiro-teor-24800673>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.405.532/SP**. Órgão julgador: 2º turma. Relator: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 10/12/2013. Publicação: DJe: 18/12/2013. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.162.946/MG**. Órgão julgador: Primeira turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 04/06/2013. Publicação DJe 07/06/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23356508/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1162946-mg-2009-0208055-8-stj/inteiro-teor-23356509>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.442.924/DF**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Severino. Publicação DJ 28/08/2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495553470/recurso-especial-resp-1442924-pr-2014-0060559-0>. Acesso em 06 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp Nº 1.599.142-SP**. Órgão Julgador: terceira turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento 25 de setembro de 2018. Publicação DJe 01/10/2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/632913055/recurso-especial-resp-1599142-sp-2016-0119731-6/relatorio-e-voto-632913078>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 107.198-SP**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5710542/conflito-de-competencia-cc-107198-sp-2009-0156772-3-stj/relatorio-e-voto-11870516>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 202**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RevSTJ/author/proofGalleyFile/9417/9540>. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 628**. Disponível em https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-12-18_08-58_Primeira-Secao-aprova-oito-sumulas-na-ultima-sessao-do-ano.aspx. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Org. Comissão de Jurisprudência, Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros. Brasília: STJ, 2015, 1 v. “8 de março de 2022” - Atualizado até a súmula n. 653. CDU 347.992 (81) (094.9). Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Sml/article/view/64/403>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 85.278-SP**. Órgão Julgador: 2º turma. Ministro Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Data do Julgamento: 23 de Agosto de 1977. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14613660/recurso-extraordinario-re-85278-sp/inteiro-teor-103041808>. Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 70.392-DF**. Órgão Julgador: 1º turma. Ministro Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 31 de Agosto de 1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14707356/habeas-corpus-hc-70392-df/inteiro-teor-103099590>. Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MI 107 QO**, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673136/questao-de-ordem-no-mandado-de-injuncao-mi-107-df/inteiro-teor-103069557>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC82424**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Moreira Alves. Data do Julgamento 17.09.2003. Publicado em: 19.03.2004. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 86864 MC**, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 20.10.2005, DJ de 16.12.2005). Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18673795/habeas-corpus-hc-86864-sp-stf>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MI 708**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Cezar Peluso. Data do julgamento: 3/12/2008. Data da publicação: 05/06/2009. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>. Acesso em 17. jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 30/04/2009. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – **RMS Nº 27872/DF**. Órgão julgador: segunda turma. Relator: Ministra Ellen Graice. Julgamento em: 02/03/2010. Publicação em: DJe 18/03/2010. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8343849/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-27872-df>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 669.367/RJ**. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/03/2012. Publicado em DJe 09/08/2012. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=86108666&ext=.pdf>. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 676275 AgR**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 12.6.2012, DJe de 1.8.2012). Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2388633>. Acesso em 01 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 562351/RS**. Órgão Julgador: 1º Turma. Ministro Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento 04.09.2012. Publicado em: 14.12.2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.033**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator para Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 20/06/2013. Processo eletrônico DJe-033. Divulgado em 17/02/2014. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>
Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3943/DF**. Plenário. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 06/05/2015. Dje 07/05/2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 673707/MG**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/6/2015 (repercussão geral) (Info 790). Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo790.htm>. Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EMB.DECL. no AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA: AgR-ED MS 29253/DF**. Órgão julgador: 2º turma. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 21/10/2016. Publicado em DJe-238 09/11/2016. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772433411/embdecl-no-agreg-em-mandado-de-seguranca-agr-ed-ms-29253-df-distrito-federal-9941777-4320101000000>. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC134682/BA**. Órgão Julgador: 1º Turma. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 29.11.2016. Publicado em: 29.08.2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772561844/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-134682-ba-bahia-4000980-2820161000000/inteiro-teor-772562049>. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI4439/DF** Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Roberto Barroso e Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento 27.09.2017. Publicado em: 21.06.2018. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 146813/RJ**. Órgão julgador: segunda turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 10.10.2017. Publicado em: DJe de 16.11. 2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770052153/habeas-corpus-hc-146813-rj-rio-de-janeiro-0008744-0220171000000/inteiro-teor-770052163>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS Nº 32.487/RS**. Órgão julgador: 1º turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 7/11/2017. Publicado 21/11/2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14091693> Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP**. Órgão julgador: 2º turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/02/2018. Publicado em 24/08/2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI Nº 4.451/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 21/06/2018. Publicado em 25/06/2018. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC146303/RJ**. Órgão Julgador: 2º Turma. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 16.05.2018. Publicado em: 07.08.2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768145300/recurso-ordinario-em-habeas->

corpus-rhc-146303-rj-rio-de-janeiro-4000296-6920171000000. Acesso em 22 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI2566/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Alexandre de Moraes e Relator para o acórdão: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 16.05.2018. Publicado em: 07.11.2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1983315>. Acesso em 22 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 494.601/RS**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 28.03.2019. Publicado em: 20.04.2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Acesso em 21 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.099.099/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento 26.11.2020. Publicado em: 20.04.2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5326615&numeroProcesso=1099099&classeProcesso=ARE&numeroTema=1021#>. Acesso em 21 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE611.874/DF**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator original: Ministro Dias Toffoli e Relator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin. Repercussão Geral – tema 386 (info 100). Data do Julgamento 19.11, 25/11 e 26/11/2020. Publicado em: 12.04.2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192153598/recurso-extraordinario-re-611874-df>. Acesso em 21 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF811/SP**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento 08.04.2021. Publicado em: 08.04.2021. Disponível em

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1237522884/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-811-sp>. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI5258AM**. Órgão Julgador: Plenário. Ministro Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data do Julgamento 12.04.2021. Publicado em: 27.04.2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4727836>. Acesso em 21 de abr. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.315.221/RJ** AgR. Órgão Julgador: primeira turma. Ministro Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento 17.08.2021. Publicado em: 20.08.2021. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1266955928/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1315221-rj-0221325-9820078190001/inteiro-teor-1266955933>. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 150**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2127>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 266**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2459>. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 271**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 272**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 330 e 624**. Disponíveis em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 429**. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula429/false>. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 510**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2671>. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 625**. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula625/false>. Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 629 e 630**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2826#:~:text=O%20entendimento%20do%20Supremo%20Tribunal,associados%20independe%20da%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20destes%22>. Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 691**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 736**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2243>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº13**. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 06 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 897 Repercussão Geral**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 999 Repercussão Geral**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4130104&numeroProcesso=654833&classeProcesso=RE&numeroTema=999>. Acesso em 07 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.249.095/SP**. Relator min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em 16 jul. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 4/1981**, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4>. Acesso em 29 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 5/1981**, de 13 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **AUTO 108/1981**, de 29 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/7170>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 34/1981**, de 10 de noviembre (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/34>. Acesso em 28 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 38/1981**, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1981). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/38>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 15/1982**, de 23 de abril (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/57>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 16/1982**, de 28 de abril (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/58>. Acesso em 28 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 24/1982**, de 13 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/66>. Acesso em 24 de abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 33/1982**, de 8 de junio (BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/75>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 34/1982**, de 14 de junio (BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/76>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 62/1982**, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/104>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 66/1982**, de 12 de noviembre (BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 1982.) Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/108>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 35/1983**, de 11 de mayo. (BOE núm 120, de 20 de maio de 1983. Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/163>. Acesso em 28 abr 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **AUTO 276/1983**, de 8 de junio. Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/7892>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 75/1983**, de 03 de agosto (BOE núm 197, de 18 de agosto de 1983). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/203>. Acesso em 28 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 93/1983**, de 8 de noviembre (BOE núm. 288, de 02 de diciembre de 1983). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/221>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 101/1983**, de 18 de noviembre. (BOE núm 298, de 14 de diciembre de 1983). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/229>. Acesso em 28 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 43/1984**, de 26 de marzo

(BOE núm. 99, de 25 de abril de 1984). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/296>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 271/1984**, de 9 de mayo. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8539>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 578/1984**, de 10 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8846>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 616/1984**, de 31 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8884>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 617/1984**, de 31 de octubre. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/8885>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 19/1985**, de 13 de febrero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/399>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 53/1985**, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **AUTO 359/1985**, de 29 de mayo. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/9422>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 77/1985**, de 27 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1985). Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/457>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **AUTO 551/1985**, de 24 de julio. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/9614>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 166/1985**, de 9 de diciembre. (BOE núm 13, de 15 de enero de 1986). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/546>. Acceso em 30 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **AUTO 180/1986**, de 21 de febrero. Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/10200>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **AUTO 237/1986**, de 12 de marzo. Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/10257>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 66/1987**, de 21 de mayo. (BOE núm 137, de 05 de junio de 1987). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/798>. Acceso em 30 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 146/1987**, de 24 de septiembre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1987) Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/878>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 160/1987**, de 27 de octubre (BOE núm. 271 de 12 de noviembre de 1987). Disponible em

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/892>. Acesso em 03 mar. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 161/1987**, de 27 de octubre (BOE núm. 271 de 12 de noviembre de 1987). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/893>. Acesso em 03 mar. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 64/1988**, de 12 de abril (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1988). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1005>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 109/1988**, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1050>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 126/1988**, de 24 de junio (BOE núm. 166, de 12 de julio de 1988). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1067>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 112/1989**, de 19 de junio. (BOE núm 175, de 24 de junio de 1989). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1318>. Acesso em 28 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 179/1989**, de 2 de noviembre (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1385>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **AUTO 480/1989**, de 2 de octubre. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/14392>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 20/1990**, de febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1445>. Acceso em 03 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 105/1990**, de 6 de junio (BOE núm. 160, de 05 de julio de 1990). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1530>. Acceso em 05 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 120/1990**, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1545>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 5/1991**, de 14 de enero.(BOE núm. 38, de 13 de febrero de 1991). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1644>. Acceso em 03 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 130/1991**, de 6 de junio (BOE núm. 162, de 08 de julio de 1991). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1769>. Acceso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 150/1991**, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991). Disponible em

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1789>. Acesso em 01 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 187/1991**, de 3 de octubre (BOE núm. 265, de 05 de noviembre de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1826>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 214/1991**, de 11 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1853>. Acesso em 05 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 292/1993**, de 18 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2421>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 340/1993**, de 16 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2469>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 57/1994**, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2574>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 63/1994**, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2580>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 188/1994**, de 20 de junio (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1994). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2705>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 321/1994**, de 28 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1994). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2838>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 55/1996**, 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3107>. Acesso em 01 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 129/1996**, de 9 de julio (BOE núm. 194, de 12 de agosto de 1996). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3181>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 177/1996**, de 11 de noviembre (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 1996). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3229>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 155/1997**, de 29 de septiembre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997). Disponible em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3420>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 145/1999**, de 22 de julio

(BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1999). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3887>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 267/2000**, de 13 de noviembre (BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2000). Disponível em https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/resultados-busqueda-sentencias.aspx?g_492d9d94_69eb_4fa1_936d_bc1f7e06455epg=596&pn=484. Acesso em 24 de abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 28/2001**, de 29 de enero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 2001). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4324>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 46/2001**, de 15 de febrero (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4342>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 154/2002**, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4690>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 48/2003**, de 12 de marzo. BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003. Disponível em

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4823>. Acesso em 29 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 101/2004**, de 2 de junio. (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2004). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5106>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 38/2007**, de 15 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6005>. Acesso em 24 abr. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 128/2007**, de 4 de junio (BOE núm. 161, de 06 de julio de 2007). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6095>. Acesso em 03 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 166/2008**, de 15 de dezembro de 2008. Publicação: BOE núm. 8, de 09 de janeiro de 2009. Disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-433. Acesso em 04 de mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 145/2015**, de 25 de junio.(BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24527>. Acesso em 03 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 76/2019**, de 22 de mayo (BOE núm 76, de 25 de junio de 2019). Disponível em

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25942>. Acesso em 03 mai. 2022.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **SENTENCIA 112/2019**, de 03 de outubro. BOE (Diário Oficial do Estado) número 262, de 31 de outubro de 2019. (STC 112/12019). Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26056>. Acesso em 28 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501** (1946). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/> > Acesso em 14 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Engel v. Vitale, 370 U.S. 421** (1962). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/421/> Acesso em 10 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **CASE OF LINGENS v. AUSTRIA** (Application no. 9815/82). Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57523%22\]\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-57523%22]]). Acesso em 05 mai. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Riera Blume and othes v. Spain** (37680/97) – Julgamento em 14.10.1999. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-6630>. Acesso em 20 maio de 2022.