

A MAGISTRATURA E A LIBERDADE RELIGIOSA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Jeronymo Pedro Villas Boas*

1. PONTO DE PARTIDA



pós a anistia e o fim do período de vinte e um anos que marcou a história recente do Brasil, abalada as bases do regime militar pelo movimento das diretas, que redundou na posse de um governante civil, o país caminhou para um singular procedimento constituinte, sobretudo, marcado pelo surgimento de novas forças políticas com a eleição de representantes para aquela Assembléia Nacional. Dentre os eleitos se viam sindicalistas, representantes populares e líderes evangélicos – esse quadrante de forças, diríamos assim, deu causa a uma controvérsia ocorrida durante a elaboração da Constituição de 1988, acerca da inclusão do nome de Deus no preâmbulo da Carta Política ⁽¹⁾.

Dois parlamentares ateus, os Deputados Federais José Genuíno do PT-SP e Haroldo de Lima PCdoB-BA, foram autores de uma emenda supressiva, durante os trabalhos da Assem-

* Juiz de Direito.

¹ A questão não era totalmente estranha a Assembléia Nacional Constituinte, pois quando da discussão da emenda regimental 681, decidiu-se pela disponibilização da Bíblia para quem dela quisesse fazer uso, que resultou no artigo 46 do Regimento. Sobre o tema o então relator do regimento interno da ANC, Senador Fernando Henrique Cardoso se manifestou "o deputado Manoel Moreira, que pertence à Assembléia de Deus, chamou minha atenção para o fato de que temos um Crucifixo na Sala. Embora o Estado seja laico, como já temos um Crucifixo, me pareceu que seria muito justo tivéssemos também a Bíblia. Não houve nenhuma dificuldade de minha parte em acolher esta proposta, com as virtudes todas." Cf. ROCHA PINHEIRO, Douglas Antônio. *Direito, Estado e Religião. A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

bléia Nacional Constituinte para retirar o nome de Deus do texto de um anteprojeto, José Genuíno justificou sua proposta dizendo “Senhor Presidente, para concluir esse encaminhamento, é uma visão aberta do pluralismo ideológico, filosófico, ético, moral, à modernidade dos nossos dias, que defendemos a supressão da expressão sob a proteção de Deus”⁽²⁾.

Tomo de início a questão do nome de Deus na Constituição de 1988⁽³⁾ para de antemão fixar um ponto de partida para as linhas que seguem, sob o aspecto de uma opção política e constituinte da sociedade por um Estado separado das confissões religiosas, mas não ateu. Estado fruto da integração de um povo predominantemente cristão e que até o alvorecer da República teve a Igreja Católica como igreja oficial. Assim, não há como desvincular a leitura constitucional do texto de 1988 e das emendas que se seguiram a sua promulgação, dessa realidade sociológica. O mais radical ativista do Estado "sem Deus" deve suportar essa verdade solidificada pela realidade da sociedade brasileira teísta⁽⁴⁾, que através de seus representantes escreveu aquela Carta Política.

O momento constituinte, como escreveu Ferreira Filho, pertence ao povo e não as minorias ou maiorias que se formaram no Parlamento, ou em suas palavras "o supremo poder, num Estado pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto

² Cf. ROSA SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da. *Laicidade do Estado. Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional*. Disponível na internet no endereço <http://jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado/3>.

³ Não discuto aqui se a declaração teísta tem ou não função normativa integrada ao corpo constitucional. Sobre esse tema o Supremo Tribunal Federal se apressou a decidir na ADI 2076-5/AC, o certo é que o Brasil não é caso isolado no globo, outras constituições invocam o nome de Deus.

⁴ O IBGE no último censo que sondou as opções religiosas dos brasileiros constatou que 86,8% são cristãos. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm, consultado em 23 de março de 2014.

o Poder Constituinte é do povo" ⁽⁵⁾. Sendo do povo, esse poder remanesce embebido em cada vocábulo da constituição escrita e seus significados, nada mais natural do que reconhecer que esse mesmo povo detém o poder de declarar através dos seus representantes a sua Constituição "sob a proteção de Deus!" ⁽⁶⁾.

2. A IDÉIA DE PODER JUDICIÁRIO E SUA CONSTITUIÇÃO

O aparecimento do Judiciário como hoje é compreendido no ocidente, tem seu marco inicial no liberalismo. A abordagem do Abade de Sieyès sobre o império da lei, quando sondava um processo social de ampliação da liberdade a partir da desconstrução do absolutismo, e toda a origem do liberalismo, atuou para desconstruir a servidão do indivíduo atuante como mero súdito do *ancien regime*. O significado original dessa submissão à Lei (o que não implica de plano em definir a figura do legislador como "dador" de leis) tem o sentido não somente de se deixar de fazer o que a lei proíbe [obrigação], mas de poder fazer o que não se encontra proibido [faculdade].

O alcance dessa possibilidade de liberdade civil, como ideal de um processo revolucionário, provocou no processo histórico ali iniciado: *i*) a supressão gradual do poder absoluto; *ii*) a identificação do povo como detentor de um poder soberano e originário; *iii*) o surgimento do legislador democrático com poderes constituintes e derivados; *iv*) a separação de pode-

⁵ Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Editora Saraiva, 5ª Edição revista, 2007, p. 30.

⁶ O texto do Preâmbulo tem a seguinte formatação: "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."

res do Estado, estabelecendo-se freios e contrapesos; e, v) um núcleo mínimo de direitos fundamentais.

Como resultado desse contexto histórico o século XIX foi marcado por uma atividade judicial impregnada pelo "*legalismo*" onde a figura do juiz é representada como "*a boca que pronunciava a vontade da lei*" ⁽⁷⁾. Assim, o instrumento de regulação social do legislador se torna nesse sistema embrionário a única e aparente fonte de segurança jurídica, que no seguinte passo desemboca no positivismo com a formalização do direito ⁽⁸⁾, no intuito de fazer prevalecer uma estrutura normativa hierarquizada da qual o Poder Judiciário se tornaria guardião ⁽⁹⁾.

O Poder Judiciário se estrutura, então, a partir desse pressuposto de uma forte vinculação do juiz à lei e de forma transitiva assume o papel antes reservado ao monarca, identificando-se com o poder absoluto de fazer executar suas próprias decisões. Esse papel ilustrado leva a magistratura, numa compreensão autocrática, a se identificar como o imperador substituído ⁽¹⁰⁾. A mitificação da Justiça, muitas vezes representada como uma "*deusa*" e os seus agentes públicos como "*sacerdotes*" teve função impactante na construção, no ocidente, de um Judiciário marcado pela forte concepção gerontocrática e enigmática ⁽¹¹⁾, onde o poder em si se torna um quase culto da personalidade ⁽¹²⁾, afastando o magistrado de uma convivência

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸ BÓBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

⁹ WEBER, Max. *La institución estatal racional y los partidos políticos y parlamentos modernos*. In *Economía y Sociedad*, México: FCE, 1969, vol. II.

¹⁰ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. In *Estudos em Avaliação Educacional*. Rio de Janeiro: Fundação Carlos Chagas, 1999, nº 20.

¹¹ KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução Guimarães Editores. Alfragide: Leya, 2009.

¹² O modelo espartano de poder dos mais velhos não significa em si uma concepção do poder dos mais sábios, eis que mais poder resulta em menos saber, como alertou Ferrajoli. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Editori Laterza, 1998.

horizontal com a sociedade e suas instituições.

Nessa situação egocêntrica de um superego que se predestina a solucionar conflitos o Judiciário se torna caudatário de algum poder regalista, absorvido no Brasil, naquela transição do Estado religioso para o Estado confessional. No período pombalino que remonta à nossa matriz histórica, entre os direitos que o Estado se assenhoreou em matéria eclesiástica estava o *jus appellationis*: o direito do soberano se constituir juiz dos atos das autoridades eclesiásticas, não apenas quanto a relações meramente civis, mas também quanto aos atos espirituais ⁽¹³⁾, que parece ter permanecido intocado na monarquia e depois no republicanismo brasileiro de origem militar.

Disso que nas raízes constitucionais do Poder Judiciário no Brasil, com sua origem em 1824 na constitucionalização do Império ⁽¹⁴⁾, enervaram-se em sua instituição os aspectos da vinculação do poder judicial à Lei e da supremacia derivada do poder soberano, com a pretensão de subordinar instituições civis ao seu *imperium*.

Na República esse poder passa a desempenhar um papel institucional cada vez mais relevante, como guardião das leis [sem aqui ainda considerar a força normativa da Constituição como hoje é vista], assumindo aos poucos o papel primordial de decidir os litígios que surgem no corpo social e se paramentando de mecanismos para autoexecutar suas ordens, a ponto de sua mais alta Corte assumir o monopólio da última palavra em face aos demais poderes, com pretensão de inafastabilidade de sua palavra decisória – "monopolizando" assim a Justiça ⁽¹⁵⁾.

¹³ Cf. BRITO, Miguel Nogueira. *Liberdade Religiosa, Liberdade da Igreja e relações entre o Estado e a Igreja: reflexões a partir da história portuguesa*. In *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007.

¹⁴ "Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial".

¹⁵ O Prof. Boaventura Santos desconstrói essa idéia de monopólio da Justiça pelo Estado em seus ensaios, demonstrando que cada vez mais a justiça se realiza através

3. A LIBERDADE RELIGIOSA SUBJETIVA NO BRASIL: UMA TRANSIÇÃO DA CONCESSÃO DE LIBERDADE DE CULTO PRIVADO PARA A LIBERDADE DE CULTO PÚBLICO

O fim da monarquia no Brasil e o alvorecer da República resultam na separação da Igreja oficial do Estado, decretada pela junta provisória de governo em 1890. O Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, promoveu alteração profunda na concepção do Estado Nacional e iniciou um lento processo de separação do núcleo de poder religioso católico daquele poder estatal que se convolava em República. Assim, a estrutura legal do Estado se abre para a possibilidade de que outras confissões religiosas pratiquem o culto público em templos, rompendo com o modelo de concessão do culto em espaço apenas privado e sem a caracterização de templo religioso. O auditório público, então, recebe novos agentes, agora livres para confessarem suas crenças – e, com isso, surge na primeira fase da República um sentimento anticlerical, promovido por ateus e anarquistas que repudiavam a religião da monarquia⁽¹⁶⁾.

A Assembléia Constituinte de 1891 se mostrou como exemplo desse nascente pluralismo religioso, surgindo entre os parlamentares alguns que professavam o protestantismo e maçons avessos a qualquer vinculação do Estado com a Igreja antes oficial. Abrindo a possibilidade de outras confissões religiosas se organizarem na esfera pública, a Constituição da República, trouxe em seu âmago a cláusula de liberdade religiosa que aos poucos sedimentaria um sistema aconfessional do Estado brasileiro. Nessa cláusula, inserida no artigo 72, da Cons-

de mecanismos sociais informais. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça*. São Paulo: Cortez, 1995. _____. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

¹⁶ A publicação do tabloide "A Lanterna" é exemplo desse ativismo antirreligioso de alguns setores da sociedade, no início da República.

tituição de 1891, declarou-se:

§ 3º - 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.

4. A LIBERDADE RELIGIOSA NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO CIDADÃO DE 1948 E NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – PRESSUPOSTOS DE TOLERÂNCIA

A primeira manifestação oficial de tolerância religiosa pela coroa portuguesa se deu em 1810 quando D. João VI, jungido pelas circunstâncias se viu obrigado a admitir um restrito pluralismo religioso devido à aliança comercial firmada com a coroa britânica, em ato conhecido como "Tratado da Amizade, Comércio e Navegação". Nesse acordo comercial "há a primeira concessão expressa da garantia de liberdade religiosa do Direito luso-brasileiro, dada aos súditos britânicos, inclusive a possibilidade de edificação de igrejas" ⁽¹⁷⁾.

Na Constituição de 1946 surge no direito brasileiro a fórmula moderna de liberdade religiosa, com a noção básica da inviolabilidade da "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" (§7º do art. 142, da Constituição de 1946).

Também na declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948, com o Brasil entre seus signatários, a liberdade religiosa foi consagrada, fruto de um movimento de "universalização dos direitos humanos". O artigo 18º a adotou-a de forma bastante ampla, declarando que "*toute personne a droit à la liberté*

¹⁷ Cf. MEDEIROS ALVES, Othon Moreno de. *Liberdade Religiosa Institucional: Direitos Humanos, Direitos Privados e espaço jurídico multicultural*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. A possibilidade de construir templos foi depois restringida em 1815 por édito de D. Pedro I.

de pensèe, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de chaber de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites" ⁽¹⁸⁾.

Essa noção chave de liberdade adentrou na Constituição de 1988, com uma textura aberta e direta, proibindo qualquer discriminação a partir do dado religioso, declarando o texto atual da Constituição: "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" (Inc. VI, do art. 5º, da CF).

Tais textos normativos superfluem àquilo que a comunidade internacional e nacional passou a sedimentar na sua vivência e relações com as religiões, erigindo um conceito de liberdade de consciência e de religião, partindo, segundo J. Hervada, da noção de consciência como juízo de conformidade derivado do sistema moral, na confluência de uma ética religiosa, mesmo que para negá-la ⁽¹⁹⁾, afastando-se da noção utilitarista da liberdade com fim de bem estar ⁽²⁰⁾.

5. A POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIAL NÃO ATUAR EM QUESTÕES RELIGIOSAS

No modelo brasileiro três linhas mais fortes são notadas na constitucionalização da liberdade religiosa, que vão se reproduzir na concepção e formação dos atuais magistrados inte-

¹⁸ ROUVILLOIS, Frédéric (Org.). *Les déclarations des droits de l'homme*. Paris: Le Monde, 2009.

¹⁹ Cf. GUERREIRO, Sara. *As Fronteiras da Tolerância. Liberdade religiosa e proselitismo na convenção européia dos direitos do homem*. Coimbra: Almedina, 2005.

²⁰ PICHARD, H. A. *Moral Obligation. Essays and Lectures*. Oxford: Oxford University Press, first edition, 1949.

grantes do aparato de Estado, pretensamente neutro sob o ponto de vista objetivo. (1) A primeira dessas linhas é remanescente do vínculo oficial entre o Estado e a Igreja Romana que perdeu até janeiro de 1890 e depois se deslocou para a cooperação das concordatas, a última assinada em 2008 entre o governo do Brasil e o Estado do Vaticano, criando uma relação preferencial. (2) A segunda de inclusão de outras confissões religiosas no âmbito da relação com o Estado, que sedimentou a cláusula de liberdade religiosa como se encontra positivada hoje e que exige espaços de tolerância com a aconfessionalidade do Estado. (3) A terceira de laicização do Estado, que para alguns se trata de uma separação absoluta do Estado das confissões religiosas, negando inclusive o espaço público para os sujeitos religiosos, para construir uma cultura que admita o Estado sem Deus e que circunscreva a religião a um espaço privado.

Em termos gerais essas linhas tem pautado a prática judicial no Brasil, quando direta ou indiretamente é levado ao Judiciário o conhecimento de uma lide que tenha em conta aspectos da relação entre o sujeito religioso e o Estado. Esse tipo de situação é fonte de incompreensões e de intervenções, muitas vezes indevidas, na estrutura religiosa, que se separou do Estado ou das demais confissões religiosas estruturadas longe desse núcleo. O fato é que o "ego" da sociedade compreende mal sua relação com o seu "*alter ego*" quando compartilham o mesmo espaço social ⁽²¹⁾.

A má compreensão de funções e de fronteiras implica em posturas antagônicas e conflitantes, reveladora de práticas de um poder multifacetado, que adentra o século XXI se introduzindo por uma principiologia relativista de valores morais, para o qual a lei se tornou apenas um mero *input* do sistema; bem por isso, em imprecação veemente "contra a ponderação

²¹ Em 2005 um juiz goiano determinou o arrombamento de uma Igreja para que se celebrasse o casamento de um jovem casal, cerimônia que havia sido recusada a eles pois a jovem se encontrava grávida e não comunicou previamente o fato ao Pastor da Igreja.

de princípios, pela salvação do direito moderno" Eros Grau sustenta que o "direito moderno é o direito positivo, posto pelo Estado, desdobrado da Constituição. Segurança e certeza jurídica estão ancorados nas suas normas, normas que informa e determinam a coesão e harmonia social. A ética que lhe corresponde é a legalidade, ética da legalidade" ⁽²²⁾.

A situação desse limiar a par de resultar em incertezas jurídicas abre espaços para uma relação "incompreendida" com a separação do Estado das confissões religiosas e de suas estruturas morais. Em decisão recente, em caso de excomunhão de um padre levado ao conhecimento judicial, na análise do pedido de liminar para reintegrar o sacerdote aos seus sacramentos, o magistrado que analisou o pedido, alicerçado no pressuposto constitucional da inafastabilidade da jurisdição [dogma judicial], o fez sob a ótica do direito material [dogma religioso] do Direito Canônico, para concluir que não reunia o suplicante as condições religiosas, para reaver o sacerdócio.

A questão é saber: o Poder Judiciário se encontra autorizado a adentrar na esfera da religião e proceder ao controle regalista de seus atos internos? Ainda detém o *jus apellationis*?

Em resposta sintética a essa questão se poderia parafrasear Alexander Bickel ⁽²³⁾, e se afirmar que o juiz para decidir necessita ter "*terra sob os pés!*". Contudo, embora em breves linhas, a questão remete a duas constatações: *i)* o direito moderno se pretende racional, mas não distante da moral; e, *ii)* a

²² GRAU, Eros. *Contra a ponderação de princípios, pela salvação do direito moderno*. In Revista Latino-Americana de Estudos de Direito Constitucional. Diretor Paulo Bonavides. Fortaleza: Edição Demócrito Rocha, n. 12, ano 10, novembro de 2011.

²³ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale: Yale University Press, 1986. Na compreensão de Bickel: "*The matrix paradox of all paradoxes concerning the Court is, as I have noted, that the Court may only decide concrete cases and may not pronounce general principles at large; but it may decide a constitutional issue only on the basis of general principle. In the performance of this function—to use a fittingly lofty phrase of Chief Justice Hughes—the Court's "mental vision embraces distant scenes."*"

jurisdição não deve adentrar nas questões internas das confissões religiosas.

i) Os princípios se apresentam como capsulas aberta, onde cabem todos os tipos de pré-compreensões morais, até mesmo espirituais ⁽²⁴⁾, reduzindo normas gerais a atos de concreção, mediante um singular sistema de ponderação, que é propenso a juízos irracionais, ou como sublinhou Eros Grau: "enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos" ⁽²⁵⁾.

Tal possibilidade, então, transporta um contrassenso. Os agentes da justiça na pretensão de laborar com princípios e politizar o sistema de decisões dos tribunais, quando lidam com matéria constitucional, inserem no seu contexto juízos de oportunidade e se afastam do próprio sistema normativo. A supressão do muro de fogo, na visão de Habermas, abre espaços para juízos irracionais [risco ao se ponderar], tornando o sistema que pretensamente consolida determinada moral vulnerável a sentidos morais individuais (ou de pequenos grupos) que não possuem a força de se institucionalizarem.

ii) Com a possibilidade presente de que o direito não seja racional em determinados casos, por depender de pressupostos não inseridos prontamente no seu modelo e cultura, o axioma de que a jurisdição é inafastável perde grande força moral. Pretendendo os juízes decidirem questões não pautadas pelo legislador, numa espécie de foro de princípios, essa atuação adentra ao espaço originário do legislador democrático, gerando a perplexidade da falta de fundamento da representação democrática, ou seja, carece-lhe o peso da representação popular, angariada pelo voto da maioria.

²⁴ Sobre esses princípios de uma *nova era* ver o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277, onde o relator Min. Ayres Britto "concretizou" a família como conceito cultural e princípio espiritual.

²⁵ Op. Cit.

Numa democracia representativa, diz John Hart Ely, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto ⁽²⁶⁾. Como os juízes nomeados ou concursados não possuem a preocupação política de permanência no cargo pela via eleitoral [de se submeterem a escrutínios regulares], a possibilidade de dissentirem dos valores da maioria não resulta em qualquer dificuldade e acaba impondo seus "valores" em decisões contramajoritárias e de última palavra, o que se apresenta um contracenso.

Como de um Tribunal, ou mesmo de um juiz, podem resultar juízos falíveis acerca de princípios e que esses têm a propensão para personalizarem valores, o foro de princípios não se apresenta adequado para decidir certas questões de antemão [nem as correntes detém o juiz Hércules!], sem que o legislador tenha sobre elas deliberado no foro democrático de representação – o juiz não pode decidir sobre a eutanásia, por exemplo, sem antes o legislador regulamentar sua possibilidade, nem decidir sobre o aborto sem que essa possibilidade esteja devidamente prevista em lei, admitir esse tipo de decisão resulta na possibilidade de se instituir figuras como a de "*anjos judiciais da morte*". Questões desse porte, para não citar outras, não podem ser postas ao Judiciário em face de princípios constitucionais escritos ou não escritos, tal possibilidade interdita o poder de decidir.

Contra cortes e juízes, Hübener Mendes enumera os seguintes argumentos que devem ser pensados: *a) a corte não protege as condições da democracia, pois não está fora da política; b) a corte não protege direitos das minorias: moralmente e isso é controverso, empiricamente falso; c) corte não é emissária do poder constituinte nem mecanismo de pré-comprometimento; d) a revisão judicial não é condição do*

²⁶ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

estado de direito, as decisões do parlamento podem prevalecer; e) não há razão para a corte ter a última palavra; f) a corte não promove uma representação deliberativa ou argumentativa. Juízes não representam, não são eleitos e, sim uma elite profissional; g) corte integra um regime democrático mais não deve ter a última palavra; h) corte possui membros indicados por autoridade eleitas, mas esse mecanismo não se torna suficiente para uma prestação de contas democráticas ⁽²⁷⁾.

Não existindo motivo aparente para que o Judiciário detenha uma posição privilegiada entre os poderes, como denota os enunciados acima, não se pode conceber que esse poder assumira uma condição de protagonista e substitua em ações administrativas o Executivo, ordenando a execução de atos ou o Legislativo, provendo normas para a sociedade, mesmo em situação de divisão branda de poderes. A ressalva de MacCormick contém uma alerta importante para os juízes: "os juízes precisam fazer 'justiça de acordo com a lei', não a justiça pura e simples. As normas do sistema jurídico fornecem uma concepção sólida de justiça que em circunstâncias normais – em que a justificação por dedução basta por si mesma – é cumprida em termos suficientes pela aplicação de normas pertinentes e aplicáveis segundo seus termos" ⁽²⁸⁾.

Por outro lado, a ausência de legitimidade democrática dos juízes também interdita a atividade judicial em relações que aparentemente são verticalizadas (soberanas e impositivas), ou que se coloque, em termos, sob o poder de decisão judicial, quando se trate de questões *internas corporis* de pessoas jurídicas de direito privado. Sobre essas situações, o próprio Judiciário evita decidir, dizendo não lhe competir averiguar sobre a situação dada, como ocorre com os atos internos

²⁷ HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

²⁸ MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

de partidos políticos⁽²⁹⁾. Assim se pode considerar aquele princípio da inafastabilidade da jurisdição que inicialmente parecia absoluto, e que se expressa na dicção constitucional como "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", encontra condicionantes na própria atuação judicial em relação a certas entidades privadas, dentre elas as confissões religiosas, separadas constitucionalmente da estrutura do Estado. E, não só nas questões internas e vedada pela cláusula expressa de não interferência (art. 19, II, CF), mas, também, nas derivadas de relações interindividuais e subjetivas em razão insindicabilidade da consciência e da crença religiosa (inc. VI, do art. 5º, da CF).

Somente a intolerância religiosa ou a má formação jurídica do magistrado explica que em determinados casos sejam extrapolados tais limites para o poder de interferência judicial e se tenha notícias de alguma decisão judicial, que interfira na autonomia de uma confissão religiosa, valorando seus atos internos ou que utilize dados da crença religiosa para proferir veredictos contra os indivíduos, por seus atos seculares.

6. UM PONTO DE CHEGADA

Fora de seu aspecto institucional, como um Poder do Estado que se constituiu a partir da vontade soberana do povo, em Assembléia Nacional Constituinte, e sob a proteção de Deus, o Poder Judiciário é a soma dos atos de seus membros, que se expressa não somente pela formação de uma jurisprudência, mas também pelas escolhas morais de cada magistrado [deontologia].

²⁹ Em decisão recente o Supremo Tribunal Federal decidiu questão sobre infidelidade partidárias distinguindo os atos internos com aqueles que interferem no sistema de representação democrática concluindo pela inoponibilidade da cláusula de reserva de estatuto ao poder judiciário, quando instaurado litígio constitucional em torno de atos partidários, isso no julgamento do MS 26603, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 de 18-12-2008 .

Três fatos, aos quais rapidamente me refiro abaixo, dão conta de paradoxos no comportamento dos juízes, nessa sua relação pessoal com a liberdade religiosa e que demonstram a existência de certo pluralismo de ideias no atual Poder Judiciário brasileiro, mas, sobretudo de um forte antagonismo nessas relações.

- (1) Em 1995 um juiz ateu fez retirar do plenário do tribunal do júri da comarca onde atuava no Estado de Goiás o crucifixo que simbolizava o Cristo morto, em reação imediata o presidente do Tribunal de Justiça o substituiu das funções de diretor do foro, determinando a reintrodução da imagem naquele tribunal ⁽³⁰⁾.
- (2) . Em episódio mais recente um desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro fez afixar na porta de seu gabinete uma caracterização de um Cristo negro e favelado, pregado na cruz, sendo alvejado por um policial militar, numa opção teológica e clara pelos pobres. A imagem "afrontava" a um só tempo militares e religiosos. A retirada do quadro foi determinada pelo Órgão Especial do Tribunal.
- (3) No último caso, em 2012, foi determinada pelo Conselho da Magistratura do Tribunal do Rio Grande do Sul a retirada dos crucifixos e dos demais símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça gaucha, a providência atendeu ao pedido da liga brasileira de lésbicas.

Vivem-se momentos de antagonismo na estrutura poro-

³⁰ Esse acontecimento, que vivenciei de perto, ilustra dois momentos na transição do Judiciário de antes da Constituição de 1988 e de depois dessa Carta Política, um primeiro reverente aos valores da Igreja preferencial, que fora predominante na estrutura judicial e que não questionava a presença de símbolos religiosos em seus espaços públicos. E, um segundo momento de maior abertura política quando setores da magistratura já buscavam espaços de distanciamento da religião ou, ao menos de certa separação entre o Poder Judiciário e a Igreja.

sa do judiciário, que geram uma abertura para valores pessoais dos magistrados nos seus atos decisórios. Essa abertura permite, no foro das decisões judiciais, ativismos e inovações “morais” que se antagonizam diretamente com o sedimento moral da maioria da sociedade constituinte desse mesmo poder. Essa contradição acaba degenerando a força de execução das suas ordens judiciais, que cada vez mais dependem de imposições de multas, prisões por desobediência, processos disciplinares, ameaças, violência, etc.

Fica a pergunta: a liberdade religiosa positivada na Constituição de 1988 foi de fato assimilada pelo Poder Judiciário?

