

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

PETER ECKSCHMIEDT

LIBERDADE RELIGIOSA E CRIMINALIZAÇÃO DOS RITUAIS RELIGIOSOS

OSASCO
2013

PETER ECKSCHMIEDT

LIBERDADE RELIGIOSA E CRIMINALIZAÇÃO DOS RITUAIS RELIGIOSOS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob a orientação da Prof. Dr. Fernando Pavan Baptista.

OSASCO
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

ECKSCHMIEDT, Peter.

**Liberdade religiosa e criminalização dos rituais religiosos / Peter Eckschmiedt, Orientação Dr. Fernando Pavan Batista. – Osasco, UNIFIEO: 2013
129 p.**

**Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO.
1. Liberdade religiosa. 2. Rituais religiosos. 3. Criminalização. 4. Liberdade de culto.**

Autorizo a impressão parcial ou total do meu trabalho acadêmico para fins de divulgação científica.

Osasco, 31 de julho de 2013.

Peter Eckschmiedt

TERMO DE APROVAÇÃO

Liberdade religiosa e criminalização dos rituais religiosos

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.

Peter Eckschmiedt

BANCA EXAMINADORA

Data da Apresentação 04/09/2013

Orientador
Professor Doutor
UNIFIEO

Convidado 1
Titulação
Instituição

Convidado 2
Titulação
Instituição

Conceito Final: _____

DECLARAÇÃO DE ÉTICA E RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Declaro para os devidos fins que a pesquisa foi por mim elaborada e que não há, nesta dissertação, cópias de publicações de trechos de títulos de outros autores sem a respectiva citação, nos moldes da NRB 10.520 de agosto/2002.

Peter Eckschmiedt
RG 30.025.967-0

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais e esposa, que sempre me incentivaram a estudar e buscar meus sonhos, a quem eu digo: chegamos juntos ao objetivo!

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas que tenho de agradecer pela inestimável contribuição para esta jornada. Aos colegas, agradeço pelo convívio. Aos professores, pelas lições e pelos debates proporcionados, bem como a compreensão com nossas falhas. Aos meus orientadores, agradeço ajuda em escrever este trabalho. À professora Margareth Leister, por agora possuir uma “incerteza fundada”.

RESUMO

Dentro deste trabalho, procura-se analisar a história da religiosidade brasileira e o conceito de religião, de modo a abarcar as religiões minoritárias. A liberdade religiosa ampara todas as expressões religiosas, sendo assim não se pode incriminar manifestações extravagantes da liberdade de culto, ainda que não tradicionais. As religiões de matriz africana trazidas ao Brasil pelos escravos contem em sua liturgia rituais que sempre foram criminalizados pela legislação brasileira. Assim, pretende-se com este estudo investigar os limites da liberdade religiosa e quando ela ultrapassa tais limites, invadindo a esfera penal, de modo a definir quando é legítima a intervenção do Estado nesta liberdade, por meio do direito penal, estando inserida na Linha de Pesquisa 1 – Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material – Projeto 1: Afirmação histórica, Problematização e Atualidade dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Rituais religiosos. Criminalização. Liberdade de culto.

ABSTRACT

In this paper, we try to analyze the history of Brazilian religiosity and the concept of religion to encompass minority religions. Religious freedom supports all religious expressions, so you can not incriminate extravagant manifestations of religious freedom, though not traditional. The liturgy of African religions that slaves brought to Brazil contains rituals that have always been criminalized by Brazilian law. Thus, the aim of this study was to investigate the limits of religious freedom and when it exceeds such limits, invading the criminal sphere, in order to define when legitimate state intervention in this freedom, by means of criminal law, being inserted on Line search 1 - Fundamental Rights in its Dimension Material - Project 1: Historical affirmation, Questioning and Actuality of Fundamental Rights.

Keywords: Religious freedom. Religious rituals. Criminalization. Freedom of worship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 RELIGIÃO, CULTURA E DIFERENÇA	13
1.1 FÉ, VERDADE E CULTURAS.....	13
1.2 RELIGIÕES, SEITAS E CULTOS.	23
2 RELIGIÃO E INTOLERÂNCIA	30
2.1 HISTÓRIA, INTOLERÂNCIA E RELIGIÃO.....	30
2.2 HISTÓRIA, ACULTURAÇÃO E DIZIMAÇÃO SIMBÓLICA	39
2.3 FORMAÇÃO DA MATRIZ RELIGIOSA BRASILEIRA	48
3 TOLERÂNCIA RELIGIOSA	57
3.1 ESTADO LAICO	60
3.1.1 Modelo norte-americano de laicidade	67
3.1.2 Laicidade na Constituição de 1988	72
4 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE RELIGIOSA	76
4.1 BREVE SÍNTESE DA TEORIA ADOTADA	76
4.2 RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	79
4.3 LIBERDADE RELIGIOSA	82
4.4 LIBERDADE DE CULTO E SUAS RESTRIÇÕES	89
5 CRIMINALIZAÇÃO DE RITUAIS RELIGIOSOS	93
5.1 BREVE SÍNTESE DA TEORIA GERAL DO CRIME ADOTADA	93
5.2 CRIMINALIZAÇÃO DE RITUAIS RELIGIOSOS.....	95
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta um extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais está a liberdade religiosa. Juntamente com a liberdade de religião, garantida em todos os seus aspectos, a Constituição consagrou a laicidade do Estado. Porém, nenhum direito fundamental é absoluto e todos se abrem para a ponderação com outros direitos na solução de casos concretos. Em nosso trabalho pretendemos abordar particularmente a colisão da liberdade religiosa com o Direito Penal, por meio do estudo de dois crimes do Código Penal: estelionato e curandeirismo. Para tanto, desenvolveremos um trabalho interdisciplinar, estabelecendo um diálogo entre o Direito Penal, Constitucional, Direitos Humanos, História e a Antropologia.

No início do primeiro capítulo, passaremos aos livros de Antropologia para tentar explicar como se desenvolve a religiosidade de cada povo, demonstrando que não é possível hierarquizar as convicções religiosas num desenvolvimento linear e sequencial do mais primitivo ao mais desenvolvido no ponto de vista do homem ocidental. O tema se relaciona ao do segundo capítulo, onde uma equivocada ideia de superioridade da religião do povo colonizador justificou a perseguição religiosa dos demais credos. Depois, procuraremos definir o que é esse tema sobre o qual se procura garantir liberdade de autodeterminação: a religião.

A liberdade religiosa é um direito fundamental que tem sido contemplado pelas Constituições brasileiras desde a de 1891. Nem sempre foi assim. Em nosso estudo, nos propusemos a nos valer dos livros de História no segundo capítulo para analisar o ambiente religioso do Brasil colonial e no período imperial até a consagração da separação entre Estado e Igreja em 1890, por meio do Decreto presidencial 119-A de Deodoro da Fonseca.

Analisar o ambiente religioso do Brasil colônia significa, inevitavelmente, analisar o contexto religioso em Portugal na mesma época e antes de 1500, pois os portugueses foram nossos colonizadores e trouxeram consigo suas convicções religiosas e as procuraram impor em território nacional aos colonizados. Assim, junto com a escravidão do negro e do índio, veio a dizimação simbólica, com a tentativa de

converter os colonizados na marra à fé católica. Teremos oportunidade de demonstrar este fato e o ilustraremos com alguns casos processados pelo Tribunal do Santo Ofício português em suas Visitações em solo brasileiro. No terceiro capítulo, procura-se definir os contornos de um Estado laico.

Para tratar da colisão do direito fundamental à liberdade religiosa com os crimes de curandeirismo e estelionato, imprescindível que se trate da teoria dos direitos fundamentais e do conteúdo do direito de liberdade de religião, temas do quarto capítulo de nosso trabalho.

No quinto e último capítulo, passa-se ao problema central que nos impeliu a esta reflexão: quais as restrições possíveis à liberdade religiosa e se a tipificação dos crimes de curandeirismo ou estelionato está em confronto com o direito fundamental à liberdade religiosa. O crime de curandeirismo visa proteger a saúde pública, tratando o curandeiro como uma ameaça a esse valor, pois trata a doença com a fé, sem recorrer aos conhecimentos médicos. Já o estelionato atinge o bem jurídico patrimônio, utilizando a crença como meio fraudulento.

Ao longo do trabalho, utilizaremos o método histórico-sistemático para situar a liberdade religiosa e depois passaremos ao método dialético para solucionar o conflito concreto entre os valores liberdade religiosa e proteção dos bens jurídicos pelo direito penal.

1 RELIGIÃO, CULTURA E DIFERENÇA

1.1 FÉ, VERDADE E CULTURAS

Neste item, pretende-se abordar a questão religiosa a partir do enfoque cultural, e com isso relativizar o ponto de partida da análise da liberdade religiosa. Segundo Nicola Abbagnano, fé é a “crença religiosa, como confiança na palavra revelada. Enquanto a crença, em geral, é o compromisso com uma noção qualquer, a fé é o compromisso com uma noção que se considera revelada ou testemunhada pela divindade”¹. A fé e a religião se originam de cada cultura, sendo necessário melhor compreender o termo “cultura” para desvendar a origem de cada religião. Segundo Roberto Kant de Lima, de início pensaram os antropólogos ser possível estabelecer uma evolução linear de toda a Humanidade em estágios denominados de “selvageria”, “barbárie” e “civilização”². Porém, este falso evolucionismo logo foi superado, conforme foram se tornando disponíveis mais informações sobre as sociedades ditas “primitivas”. Este evolucionismo utilizava o critério tecnológico como redutor de todas as esferas sociais, como se a essa simplicidade tecnológica correspondessem uma igual simplicidade política, jurídica, religiosa e de instituições em geral³.

Logo constatou-se que era muito difícil estabelecer linhas gerais que dessem conta da evolução supostamente uniforme de todas as sociedades, e isto ficou claro pela observação direta dos antropólogos a essas sociedades primitivas⁴. Para compreender o surgimento das diversas religiões, imprescindível estudar-se o conceito de cultura, o que se passa a fazer. Para Nicola Abbagnano, “cultura” pode ter dois significados⁵. O primeiro e mais antigo conceito traduz a formação do homem, sua melhoria e refinamento, a educação do homem nas boas artes, que o distinguem de

¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 501.

² KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do direito, no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de. MISSE, Michel (org.). **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 6.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ KANT DE LIMA, Roberto. Op. cit., p. 7-11.

⁵ ABBAGNANO, op. cit., p. 261.

todos os outros animais. As boas artes eram a poesia, a eloquência, a filosofia, às quais se atribuía a capacidade de formar o homem verdadeiro. O segundo sentido de cultura é utilizado por sociólogos e antropólogos “para indicar o conjunto dos modos de vida criados, adquiridos e transmitidos de uma geração para a outra, entre os membros de uma determinada sociedade”. Nesse significado, cultura não é a formação do indivíduo, mas “a formação coletiva e anônima de um grupo social nas instituições que o definem”⁶.

Este segundo conceito de cultura é o que nos interessa no presente estudo, pois a cultura, como formação coletiva e anônima de um grupo social pode explicar a origem das crenças religiosas. Segundo Ana Lucia Pastore Schritzmeyer, “a busca da origem e do por que das crenças, despojada de pressupostos cristãos, confunde-se, em meados do século XIX, com o nascimento da própria Antropologia”⁷. Para a referida autora, este vínculo explica-se pelo fato de que todas as ciências do período procuravam entender o mundo a partir da Razão, e também porque os primeiros antropólogos investigavam a origem da humanidade e o porquê das diferenças entre os vários grupos humanos. Estes pioneiros se depararam com a necessidade de desvendar crenças mágicas e exóticas, consideradas primitivas, em contraposição com as crenças de origem cristã, consideradas civilizadas. Assim, pretendiam descobrir se a Razão era mesmo universal, ou se havia diferenças mentais entre etnias.

Schritzmeyer também salienta que estes questionamentos foram reeditados pelos juízes do século XX a fim de julgar casos de curandeirismo e definir os vários “tipos” de brasileiros, seus “níveis” de credulidade, de racionalidade e de “cultura”⁸. Até a emergência de ciências como a antropologia e a sociologia, a astrologia e a religião eram os únicos sistemas de pensamento que procuravam explicar de forma abrangente a diversidade humana, seus infortúnios e os rumos da História. A Antropologia, Sociologia e Psicologia criaram tipologias para prever e controlar o comportamento

⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 264.

⁷ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 22.

⁸ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 23.

humano, trabalho que foi de encontro ao que o direito necessitava para legitimar-se cientificamente⁹.

Surgiu neste contexto a teoria da evolução cultural. Ao contrário do evolucionismo biológico, o evolucionismo social repudiou o determinismo da natureza sobre a cultura, ou seja, negou a prevalência das diferenças congênitas sobre os padrões de comportamento, crenças, instituições e valores transmitidos de uma geração para outra, postulando a separação Homem-natureza. Enquanto biólogos investigavam o mecanismo de evolução das espécies, antropólogos discutiam qual seu ponto de partida e mediante quais etapas a evolução havia se dado e prosseguiria.

Segundo Schritzmeyer, o questionamento sobre o ponto de partida foi típico da tradição francesa, que interligou Antropologia e Sociologia e desenvolveu-se a partir dos trabalhos de Durkheim, Hubert, Mauss e Lévy-Bruhl, enquanto as discussões sobre as etapas evolutivas foram típicas da tradição britânica, a partir dos trabalhos de Tylor e Frazer¹⁰. Segundo a autora:

Partindo do pressuposto de que, numa sequência unilinear progressiva, o simples – homem primitivo – é superado pelo complexo – moderno homem ocidental europeu – e que grupos aborígenes são fósseis vivos do passado europeu, alguns antropólogos afirmaram que as práticas religiosas primitivas antecederiam modernas religiões ou as chamadas ‘religiões iniciais’ – israelita e cristã. Eles intentaram provar que crenças primitivas eram aberrações intelectuais e que, portanto, as modernas religiões, decorrentes de tais aberrações, tinham caráter supersticioso, ilusório e até enganoso. Com isso, demonstravam que os crédulos em fenômenos mágicos e religiosos eram ou primitivas vítimas de seu próprio atraso cultural ou civilizadas vítimas de poderosos charlatães e instituições estrategicamente embrutecedoras.

Antes de apresentar as principais teorias antropológicas que se propuseram a diferenciar magia e religião, mencionaremos duas teorias anteriores, a do fetichismo e do mito natural. Quanto à teoria do fetichismo, segundo Augusto Comte, a religião se originava do culto a fetiches, ou seja, objetos animados ou inanimados, produzidos pelo homem ou pela natureza, aos quais se atribuíam poder sobrenatural e se venerava. Comte afirmou que a evolução intelectual da Humanidade era dividida em três estados diferentes – teológico, metafísico e positivo. O fetichismo, o politeísmo e o monoteísmo,

⁹ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 24.

¹⁰ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 25.

nessa ordem, eram as fases do primeiro estado, o teológico¹¹. Comte exaltava o fetichismo porque via nele alguma afinidade com o positivismo, “porquanto ambos veem em todos os seres uma atividade análoga ou semelhante à humana, e assim estabelecem a unidade fundamental do mundo”¹².

Para Max Müller, adepto da teoria do mito natural, os deuses da antiguidade eram personificações de fenômenos naturais como o sol e a chuva. Segundo ele, todo conhecimento e raciocínio humanos tem raízes na limitada percepção dos sentidos, de modo que fenômenos intangíveis provocam a noção de infinito e a conseqüente concepção de deidades. Pesquisou a origem de nomes de vários deuses e buscou os respectivos fenômenos naturais que lhes teriam originado¹³.

As ideias de Müller tiveram como principais opositores Herbert Spencer, Edmund Tylor, Andrew Lang e R.R. Marret, que desenvolveram na segunda metade do século XIX as teorias do “fantasma” e da “alma”. Assim como Müller, “Spencer concluiu que os primitivos eram racionais e capazes de inferências razoáveis, embora débeis”¹⁴. Entretanto, Tylor, Spencer e demais discordavam de Müller quanto ao fato de que os fenômenos naturais levavam à noção de divindades. Para eles, tais fenômenos geravam dúvidas apenas. Spencer afirmou que a origem da religião residia no culto a ancestrais ou na crença em fantasmas, que não se confundiam com a noção de alma, pois concluiu que para todo primitivo tanto criaturas quanto objetos materiais eram dotados de alma. Segundo Schritzmeyer, Tylor partiu do mesmo pressuposto animista adotado por Spencer e elaborou duas teses sobre a origem e o desenvolvimento da noção de alma¹⁵. Quanto à origem da alma, Tylor afirmou que seu fundamento eram os sonhos, e quanto ao desenvolvimento supôs uma evolução da ideia de alma para a de espírito, conceito que não distinguiu muito bem do primeiro. Quanto à religião, afirmou que para os primitivos, “alma” era uma entidade material capaz de se desmaterializar, ocasião em que sob forma de espírito incorpóreo, seria concebido como uma divindade.

¹¹ COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores), p. 43-65.

¹² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 513.

¹³ MÜLLER apud SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 27.

¹⁴ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 28.

¹⁵ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 28-29.

Segundo Tylor, a prova desse raciocínio seria as explicações primitivas dadas à morte, doenças, transe, visões e sonhos.

Como se vê, Spencer e Tylor tentaram demonstrar a racionalidade da magia ou religião primitivas, uma vez que, segundo seus estudos, elas resultavam da capacidade dos primitivos em fazer classificações por similaridade. Já Andrew Lang, discípulo de Tylor, concordava com seu mestre somente quanto à possibilidade de que a crença em almas e espíritos partisse de fenômenos psíquicos – sonhos – negando a origem animística da religião. Sustentou que as noções de fantasmas, almas e espíritos tinham origens diversas da noção de divindade. Para Lang, o monoteísmo poderia ter precedido o animismo, caso em que o primeiro teria se degradado¹⁶.

Aqui temos um importante debate que tomará conta da intelectualidade europeia a partir da segunda metade do século XIX, se as sociedades primitivas estão em progressão ou degradação. Para alguns, os “primitivos” estariam no caminho da civilização, pois embora se encontrassem em estágios mais retardados, progrediriam. Para outros, como Lang, as sociedades primitivas haviam perdido a complexidade de outrora.

Um dos principais ataques a essas ideias e às teorias de Tylor e Lang veio do britânico James Frazer, que afirmava que a religião era precedida por uma fase de magia, remontando sua origem a um estágio ainda mais elementar que o animismo. Frazer discordava de Lang quanto à degradação do monoteísmo e concebia o desenvolvimento intelectual da Humanidade de modo semelhante a Comte, em três estágios evolutivos e crescentemente complexos: magia, religião e ciência¹⁷. Frazer justificou a sequencia evolutiva de magia e religião argumentando que a descoberta da ineficiência de certos ritos mágicos conscientizara o homem de sua impotência diante da natureza e o levou à invenção de deuses e crenças religiosas, as quais, por demandarem abstrações complexas, teriam antecedido o pensamento científico.

Frazer concluiu que a magia possuía fundamento científico, embora fosse errônea a associação de ideias em que se baseava. Mesmo dizendo ser a magia falsa

¹⁶ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 30.

¹⁷ FRAZER, James. **O rumo de ouro**. São Paulo: Círculo do Livro, 1982, p. 97-98.

ciência, admitiu nela sementes de pensamento científico, pois a magia pressupunha regularidades causais na natureza, ao passo que a ciência busca descobrir tais regularidades por meio da observação de causas e efeitos dos fenômenos. Segundo Schritzmeyer, “a constatação de racionalidade dos primitivos” foi uma “conquista teórica dos antropólogos intelectualistas que, em certa medida, atingiu nossos intelectualistas brasileiros”, que não queriam contrariar os princípios liberais e republicanos de igualdade de todos os cidadãos perante a lei, mesmo os mais culturalmente atrasados, como os índios e crédulos, que a lei deveria tutelar¹⁸.

R.R. Marret foi um dos primeiros que questionou as explicações dos antropólogos intelectualistas, pois negou que os povos primitivos se equivocassem ao tratar de conexões reais e ideias, pois eles conheciam a diferença entre ações simbólicas e empíricas. Ele defendeu que houve um estágio inicial, pré-animístico, em que magia e religião equiparavam-se. A magia derivava de tensões emocionais provocadas pela “sensação de mistério” decorrente da atribuição de um poder oculto a certas pessoas e coisas. Com a elaboração mais sistemática desta “sensação de mistério”, surgiu a religião, que assim como a magia, tinha uma função catártica e simuladora. Marret, assim, elaborou uma teoria psicológica emocionalista da religião¹⁹.

Ernest Crawley foi contemporâneo a Marret e também enveredou pelo campo das sensações e emoções para explicar a origem da ideia de alma, negando esta gênese nos sonhos, como defendeu Tylor. Crawley considerou deuses agrupamentos de fantasmas, porém produtos de processos psicobiológicos, apontando a religião primitiva como produto do medo e equiparável à noção de tabu. Asseverou que quanto maior a primitividade, maiores os perigos, o medo e a religiosidade. Justificou sua conclusão afirmando serem as mulheres, em geral, mais medrosas e religiosas que os homens²⁰. Segundo Schritzmeyer, essas teorias antropológicas emocionalistas representavam a mútua influência entre os pensamentos antropológico e psicológico da época, exemplificando que Freud, ao tratar dos ritos mágicos primitivos, “equiparou-os a obsessões protetoras dos neuróticos, embasado na ideia de que mágicos, bem como

¹⁸ SCHRITZMEYER Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 31.

¹⁹ SCHRITZMEYER, op. cit. p. 32.

²⁰ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 32.

crianças, mulheres, poetas, artistas, amantes, místicos, criminosos, sonhadores e loucos são pessoas que lidam com a realidade por meio da onipotência do pensamento”²¹.

Freud também associou a magia a um estágio inicial (narcísico), em que a realização do desejo se dá por meio de alucinações. Quanto à religião, ele considerou-a uma ilusão originada e alimentada por sentimentos de culpa e pela busca de proteção, sendo os deuses representantes da figura paterna. De acordo com Freud, diante do desamparo, crianças buscam proteção na figura de um pai benfazejo e adultos o fazem na figura de um deus que controla a fúria dos elementos da natureza²².

Caverth Read foi um dos primeiros psicólogos a relacionar magia e religião com o exercício do poder, pensando-as de forma pragmática. Defendeu a tese de que elas são produtos de estados emocionais, proporcionadoras de “alívio psicológico”, e por isso seriam úteis para a manutenção da ordem estabelecida²³. Os intelectualistas discordavam dos emocionalistas objetando que não haveria validade científica em medir supostas tensões emocionais, alívios psicológicos e conectá-los com comportamentos sociais.

Das ideias do emocionalista Marret, Malinowski aproximou-se ao propor o estudo das religiões a partir de suas funções sociais e ao afirmar que sua origem e funcionamento ligavam-se a situações de tensão emocional, tendo caráter substitutivo e catártico²⁴. Já para Durkheim, os ritos mágico-religiosos não resultavam de estados emocionais exaltados, mas produziam estes estados, ou seja, ele considerou que estes fenômenos sociais eram causadores de emoções individuais e não o contrário²⁵.

Durkheim elaborou a tese de que a religião é um fato social, algo produzido pelos homens em sociedade e que se volta para esses mesmos homens como uma força coercitiva que atinge a todos, independente da vontade individual de cada membro do grupo. Também concluiu que criaturas totêmicas eram figuras eleitas pelo próprio grupo

²¹ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 33.

²² FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. v. 21. Rio de Janeiro: Imago, 1996, passim.

²³ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 34.

²⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. **Magic, Science and Religion**. New York: Doubleday, 1954, passim.

²⁵ DURKHEIM, Emile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores), passim.

para lhe servirem de modelo, sendo o totemismo, como toda religião, uma representação da sociedade que o criou. Durkheim não considerava magia e religião igualmente sociais, pois afirmou que todas as grandes instituições sociais nasceram da religião, a qual, por sua vez, nascera da própria ideia de sociedade, refletindo “todos os seus aspectos, mesmo os mais vulgares e repugnantes”²⁶.

Preocupado com a progressiva desorganização das sociedades capitalistas europeias de seu tempo, Durkheim procurou encontrar mecanismos para estimular e defender a coesão social e considerou a magia um exercício predominantemente individual e, portanto, fonte de anomia social, pois prescindia de uma igreja. Noutro lado, a religião não existia sem um sistema, sendo um exercício predominantemente coletivo e voltado para o controle social, sendo uma fonte de moralidade e coesão social.

Além de Durkheim, Hebert Hubert e Marcel Mauss foram dois pensadores da Escola Sociológica Francesa que retomaram as primeiras teorias sobre magia e religião, especialmente as ideias de Frazer, que julgavam ser “(...) a mais clara expressão de toda uma tradição”²⁷. Estes dois pensadores diferenciaram magia e religião atribuindo à primeira caráter predominantemente privado e à segunda caráter predominantemente público. Entretanto, concluíram que forças coletivas estão presentes tanto nos ritos mágicos como na religião, pois na religião é como se tais forças se apropriassem dos indivíduos e na magia é como se os indivíduos delas se apropriassem²⁸. Nas palavras dos autores:

O mágico é designado pela sociedade, ou iniciado por um grupo restrito, ao qual a sociedade delegou o poder de criar mágicos. Ele possui (...) a gravidade de um magistrado; é sério, pois é levado a sério e é levado a sério porque tem-se necessidade dele. (...) a simulação do mágico só é possível em razão da credulidade pública²⁹.

Hubert e Mauss tem como tese central a de que um fenômeno coletivo pode se apresentar sob formas individuais, o que alargou ao horizonte dos objetos de estudo de todas as ciências sociais. Com a Escola Sociológica Francesa, os estudos sobre magia

²⁶ DURKHEIM, Emile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores), passim, p. 225.

²⁷ HUBERT, Herbert. MAUSS, Marcel. Esboço de uma teoria geral da magia. In: **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: EPU - EDUSP, 1974, vol. I, p. 40.

²⁸ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 40.

²⁹ HUBERT, MAUSS, op. cit. p. 126.

e religião ganharam o campo do simbolismo, passando a lógica mágica a ser pensada como representante da própria lógica de uma sociedade³⁰.

Contemporâneo a esta época, Lucien Levy-Brühl recusou-se a participar da Escola Sociológica Francesa e defendeu pontos de vista controversos, que foram prontamente recusados pelos antropólogos britânicos. Fiel à sua formação filosófica, preocupou-se em pesquisar a lógica que sustenta um sistema de pensamento mais do que relações entre esse pensamento e instituições sociais. Tentou elaborar uma “teoria geral do pensamento primitivo”³¹. Segundo Levy-Brühl, cada sociedade humana tem um tipo de mentalidade, sendo que classificou-as em primitivas e civilizadas. Elas se distinguem não apenas em grau, mas em qualidade. Para ele, os primitivos tinham representações coletivas “pré-lógicas”, ou seja, que não evitavam contradições, não tinham crítica, embora fossem racionais.

Concluiu que as representações coletivas do homem primitivo eram místicas, pois atribuíam às coisas algo mais do que suas características objetivas, ao passo que as representações do homem civilizado apenas levavam em conta a objetividade das coisas. Conforme Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer:

Os interesses de um homem eram agentes seletivos e socialmente determinados: enquanto primitivos percebiam os fenômenos a partir das propriedades místicas a ele atribuídas por suas representações coletivas, os europeus o faziam a partir de propriedades científicas, também determinadas por suas representações coletivas³².

Ao contrário de Tylor e Frazer, concluiu que os primitivos raciocinavam de forma diferente dos civilizados não porque associavam ideias de modo errôneo, mas porque tinham representações coletivas diversas, místicas, que supunham uma rede de participações entre todas as coisas. Levy-Brühl aceitou magia e religião como fatos e não procurou desvendar sua origem, mas apenas tentou desvendar sua estrutura e a partir disso provar que existem diversos tipos de mentalidade. Pode-se dizer que é consenso que Levy-Brühl mostrou os povos primitivos como mais supersticiosos do que eram e ao mesmo tempo mostrando os europeus como mais positivistas do que eram, não discutindo o que havia de empírico nas culturas primitivas e místico nas europeias.

³⁰ SCHRITZMEYER, op. cit. p. 42.

³¹ SCHRITZMEYER, op. cit. p. 42.

³² SCHRITZMEYER, op. cit., p. 44.

Como será visto nos itens posteriores, havia muito sincretismo religioso tanto no Velho Mundo como no Novo, não se podendo afirmar que as sociedades europeias eram estritamente científicas, nem que os povos da Colônia não pudessem raciocinar de forma científica.

Evans-Pritchard criticou o pensamento da Escola Sociológica Francesa e de Levy-Brühl em seu ponto em comum, qual seja, o de que haveria correspondência histórica entre tipos de estrutura social e sistemas religiosos e mágicos. Em suas palavras:

A suposição de que um certo tipo de religião decorre de ou acompanha um certo tipo de estrutura social só teria um alto grau de probabilidade se se pudesse provar historicamente não apenas que as alterações na estrutura se acompanham de alterações no pensamento religioso, mas também que esta correspondência seja regular ou se pudesse demonstrar que todas as sociedades de um certo tipo tem sistemas religiosos semelhantes, o que para Levy-Brühl era um axioma³³.

Para Marx, a religião é uma forma de alienação. Nela verifica-se a fratura entre o mundo concreto e um mundo ideal, entre o mundo em que o homem vive e o mundo em que ele desejaria viver. Em suas palavras, “a religião é o soluço (o suspiro) da criatura oprimida, o coração de um mundo sem coração, o espírito de um estado de coisas carente de espírito. A religião é o ópio do povo”³⁴.

Segundo Schritzmeyer, pode-se apontar semelhanças entre a visão de magia e religião para autores como Durkheim, Mauss, Levy-Brühl e Marx, pois todos, em alguma medida, afirmaram ser a religião reflexo da estrutura econômica e política de uma sociedade³⁵.

Feita a abordagem sobre a origem da religião a partir da cultura, passa-se a conceituar religião para os fins deste trabalho.

³³ EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. **Antropologia social da religião**. Tradução de Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Campus, 1978, p. 107.

³⁴ MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2005, passim.

³⁵ SCHRITZMEYER, op. cit., p. 45.

1.2 RELIGIÕES, SEITAS E CULTOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.

Segundo Jayme Weingartner Neto, conceituar “religião” é um desafio, pois se trata de um conceito limite para as ciências sociais, eis que elas não tem instrumentos analíticos para medir este tipo de conceito³⁶. Segundo Thiago Teraoka, o conceito de religião deve ser o mais aberto possível para evitar restrições desnecessárias ao termo e excluir aprioristicamente qualquer manifestação religiosa da proteção constitucional³⁷. Para Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, define-se religião como:

Crença na garantia sobrenatural de salvação, e técnicas destinadas a obter e conservar esta garantia. A garantia religiosa é sobrenatural, no sentido de situar-se além dos limites abarcados pelos poderes do homem, de agir ou poder agir onde tais poderes são impotentes e de ter um modo de ação misterioso e imperscrutável. A origem sobrenatural da garantia não implica necessariamente que ela seja oferecida por uma divindade e que, portanto, a relação com a divindade seja necessária à religião³⁸.

Sobre a última afirmação, o citado autor afirma que existem religiões ateístas, como o budismo primitivo, sem uma relação necessária com a divindade. Convém distinguir entre a crença na garantia sobrenatural e as técnicas que permitem obter tal garantia. A crença é a atitude religiosa, podendo ser simplesmente interna (religiosidade individual). Já as técnicas destinadas a obter e conservar essa garantia constituem o lado público e objetivo da religião, seu aspecto institucional³⁹.

Laurence Tribe ensina que, até o século XIX, o conceito de religião era entendido de forma restrita, teísta, em termos ocidentais, relacionado aos temas de divindade, moralidade e adoração. Porém, o século XX trouxe o reconhecimento de mais de 250 organizações religiosas, de modo que o conceito jurídico se transformou para se tornar mais pluralista. A religião passou a ser definida sob a perspectiva do crente e não mais

³⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96-97.

³⁷ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 44.

³⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 997.

³⁹ ABBAGNANO, op. cit. p. 997.

de uma teologia sistematizada⁴⁰. Weingartner Neto opta por adotar a abordagem feita por Jónatas Machado, agrupando os conceitos possíveis de religião em três vertentes: substancial-objetiva, funcional-subjetiva e tipológica⁴¹. Tal abordagem nos parece útil por ter maior generalidade na busca de um conceito o mais amplo possível, compatível com um Estado aberto e plural. O conceito substancial-objetivo busca uma definição material, um conceito substancialista de religião, definindo-a com base nos elementos divindade, moralidade e culto. Para invocar o direito à liberdade religiosa, seria preciso mostrar então o conteúdo religioso das crenças em questão.

O problema com este tipo de conceito seria de se saber quem teria a competência para elaborar o conceito de religião, o legislador ou o juiz, tarefa muito complexa em face da diversidade dos sistemas de crença. Nesse sentido, procede a crítica de Jónatas Machado, de que um recorte substancial operado por um bisturi jurídico no tecido religioso, por mais ampla e descomprometida que fosse a “cirurgia”, não seria o meio mais adequado para obter inclusividade e abertura do âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa⁴². Weingartner Neto concorda com essa posição e afirma que uma prescrição sobre como devem ser as religiões envolve uma tomada de posição a favorecer a ortodoxia, com sério risco de criar um obstáculo ao desenvolvimento espontâneo da autocompreensão religiosa dos indivíduos e dos grupos, deixando sem proteção jurídica os heterodoxos⁴³.

Diante de tais perigos, passa-se ao conceito funcional-subjetivo, que é uma definição estrutural-funcional da religião. Segundo Weingartner Neto, esta tendência foi observada na Suprema Corte norte-americana a partir da década de 1960, tendo como objeto de análise o problema da objeção de consciência no caso paradigma *Torcaso v. Watkins* (1961)⁴⁴. A Suprema Corte americana alargou seu entendimento de religião neste caso para englobar todas as formas conscientes de crença que ocupem “lugar funcionalmente equivalente” ao reservado tradicionalmente às crenças deístas.

⁴⁰ TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 2nd Ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 1179-1181.

⁴¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

⁴² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 213.

⁴³ WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 99.

⁴⁴ WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 100.

Aceitam-se, dessa forma, os diferentes comportamentos e soluções éticas, sendo necessário agora o “elemento subjetivo da sinceridade com que uma crença é individualmente sustentada”. O conceito oferece vantagens, como impedir o Judiciário de syndicar o conteúdo teológico das doutrinas religiosas, mas apresenta inconveniente de se permitir averiguar a sinceridade das convicções, abrindo espaço para dois problemas: (a) estabelecer-se um exame inquisitorial das convicções individuais, com grande risco de ofensa à liberdade de consciência; ou (b) cair-se em um princípio de autodefinição, em que se aceitaria como religiosa ou não qualquer crença, somente porque assim foi qualificada pelo seu titular, englobando-se como religião até a preferência do indivíduo quanto a seu time de futebol.

Jónatas Machado propõe como solução a adoção de um conceito tipológico, que passaremos a expor em seus principais pontos⁴⁵. O conceito tipológico deve dar conta de duas necessidades: obter-se um conceito amplo e expansivo de religião, “sem aspirações definitórias”, para não restringir o âmbito de proteção da liberdade religiosa e violar o imperativo de neutralidade estatal; e, por outro lado, conservar praticidade e torná-lo menos vulnerável a uma utilização abusiva. Com estes objetivos, a conceituação leva em conta os “elementos geralmente considerados típicos do fenômeno religioso”, tais como visão global de mundo, apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extraracional; consciência subjetiva da existência de um poder sobrenatural ou transcendente, etc”. Papel muito relevante deve ser dado à noção de heteronomia, ou seja, o fato de que os imperativos religiosos são entendidos pelo sujeito “não como emanações endógenas da sua própria consciência, mas sim como imposições inelutáveis, de natureza objetiva e exógena”. A presença de tais elementos “familiares” é factível num primeiro exame, superficial, que verifique a plausibilidade que sejam acolhidos pela “consciência dos indivíduos” e compreendidos na unidade simbólica que estabeleçam com determinados comportamentos, decorrentes de imperativos éticos e morais.

Entretanto, nenhum desses elementos comuns ao fenômeno religioso é necessário ou suficiente para qualificar uma crença como religiosa, acentuando o autor

⁴⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 208-220.

que mundividências totalizantes como o marxismo e o humanismo secular “não devem ser reconduzidas ao fenômeno religioso”. Importa neste conceito a similitude que o fenômeno a qualificar assume em face das “várias religiões mais conhecidas”. Mas, se pode haver relação direta de religiosidade conforme a maior aproximação com o tipo escolhido, significando valoração do fenômeno como religioso, a proposição inversa é mais duvidosa, não se podendo inferir relação de desvalorização religiosa ao constatar constraste com o padrão utilizado. Daí que Weingartner Neto advirta para o caráter meramente indicativo dos critérios dicotômicos tradicionais, tais como natural/sobrenatural, sagrado/profano, razão/revelação⁴⁶. Os elementos externos também tem um valor relativos, tais como idade da crença, aparente valor social, número de aderentes, grau de institucionalização, etc, tudo no escopo de reduzir ao máximo a possibilidade de intervenção estatal nos “domínios específicos dos conteúdos religiosos e no foro íntimo e reservado da consciência individual”.

Na doutrina constitucional nacional, Alexandre de Moraes, arrisca conceituar religião de forma substancial-objetiva afirmando “pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto”. Tal conceito tem os inconvenientes já apontados de tentar realizar um recorte jurídico dentro do tecido religioso. Thiago Teraoka, em tese de doutorado sobre liberdade religiosa, afirma que “religião é a manifestação da crença no poder divino ou sobrenatural (...) Também não é necessária sistematização teológica, nem unidade organizacional ou mesmo vinculação a um determinado líder. (...) Basta, assim, a ligação a um aspecto sobrenatural, ainda que não seja ligado a um deus pessoal”⁴⁷. No mesmo trecho, o autor também conceitua o sobrenatural como “alguma vinculação a um ser ou poder imortal, superior ou distinto da natureza, como normalmente concebida”. Este conceito se aproxima de uma tipologia, como defendida por Jónatas Machado, de modo que parece-nos conveniente para evitar os perigos de um conceito demasiado estrito quando de outro excessivamente lato.

⁴⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103.

⁴⁷ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 45.

A religião se distingue das outras filosofias na parte que é particularmente não-racional. A racionalidade pode ser definida de diversas maneiras, mas em termos gerais significa que as decisões devem ser baseadas em argumentos racionais, ao invés de coerção; não tomadas de maneira arbitrária; baseadas em conhecimentos, ao invés de apelos emocionais; de maneira autônoma e não em resposta a uma autoridade e; por fim, baseadas em experiências empíricas⁴⁸.

Resta o problema definitório das chamadas “seitas”. Estariam elas abarcadas no conceito de religião para fins de proteção constitucional à liberdade religiosa? Segundo Weingartner Neto, a França já realizou dois grandes Inquéritos nacionais de iniciativa parlamentar, um em 1985 e outro em 1995, com vistas a tratar do fenômeno das seitas. A comissão responsável pelo relatório apresentado em 1995 tinha presente o risco que uma definição jurídica de seita traria para a liberdade de consciência, de modo que procurou seguir uma direção com abordagens etimológicas e sociológicas, e acabou optando pela aproximação das seitas da noção de periculosidade, ciente do aspecto pejorativo do conceito e do dilema a enfrentar, “entre a banalização e a diabolização”⁴⁹. Mesmo assim, o relatório renunciou a uma definição objetiva e admitiu que o trabalho apoiou-se sobre um certo número de escolhas éticas, chegando a elementos tipológicos que refletem o senso comum que a opinião pública atribui à noção, sob pena da comissão ter de interromper suas atividades.

Dentre os critérios adotados, a desestabilização mental, o caráter exorbitante das exigências financeiras, a induzida ruptura com o meio original, atentados à integridade física, a utilização de crianças, o discurso mais ou menos antissocial, as perturbações à ordem pública, tentativa de infiltração nos poderes públicos. Segundo Weingartner Neto, a comissão estava ciente de que nem a novidade, nem o pequeno número de adeptos ou mesmo a excentricidade permitem qualificar de sectário um movimento que se pretende religioso⁵⁰. Deve-se lembrar que as maiores religiões contemporâneas não foram mais do que seitas em seu início, assim como os ritos hoje estabelecidos e aceitos podem na origem ter suscitado reserva e oposição. O relatório excluiu

⁴⁸ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 45.

⁴⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110.

⁵⁰ WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 110.

expressamente o cristianismo, o islamismo, o hinduísmo e o budismo do conceito de seita, em que pese muitos grupos fundamentalistas se originarem em tais religiões.

Parece-nos suficiente esta tentativa francesa para concluir pela inutilidade de tentar encontrar diferenças entre religião e seita de modo a excluir esta do âmbito de proteção constitucional, por ser um conceito demasiado controverso. Sequer a sociologia da religião sente-se confortável com o termo “seita”, ao afirmar Deis Siqueira que a “labiríntica busca religiosa na atualidade” é acompanhada por uma “labiríntica busca teórico-metodológica”⁵¹. Siqueira afirma no mesmo trecho que o termo “seita” teria surgido por volta do século XIII-XIV, a significar “separar-se”, “distanciar-se” ou “cortar”, “partir”, “andar atrás de”. No caso brasileiro, segundo a literatura especializada citada pela autora, haveria um sincretismo religioso, sendo que “os agentes religiosos da atualidade seriam pouco fiéis, ou seja, não se identificaria a necessidade de se ter um único sistema religioso orientador de conduta”, daí falar-se que a “busca religiosa contemporânea” está marcada por uma “pluralidade religiosa”. Assim, escapando do âmbito clássico, as “novas religiosidades brasileiras seriam caracterizadas pelo pluralismo, noções não rígidas de sagrado e profano, religião e psicologia, além de se definirem como anticlericais, anti-hierárquicas e anti-institucionais”.

Jonatas Machado vê um certo temor da doutrina constitucional em utilizar a palavra *seita* para designar os novos movimentos religiosos⁵². Esta expressão teria uma conotação preconceituosa, utilizada de forma pejorativa. O termo teria uma conotação negativa por denotar uma relação de superioridade das religiões tradicionais. Entretanto, deve-se ressaltar a falta de operacionalidade jurídica do termo “seita”, já que não existem obstáculos jurídicos para uma confissão religiosa de ver reconhecida sua existência jurídica, sendo solução correta e constitucionalmente adequada dar-se todo benefício da dúvida a uma confissão religiosa, seja ou não fundamentalista. Tatiana Robles Seferjan lembra que todas as religiões tradicionais começaram como meras seitas⁵³.

⁵¹ SIQUEIRA, Deis. **As novas religiosidades no Ocidente: Brasília, cidade mística**. Brasília: Universidade de Brasília, 2003, p. 117-120.

⁵² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 217-221.

⁵³ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 52.

Para verificar-se o quadro atual da religiosidade brasileira, apoia-se em mapeamento intitulado “Novo Mapa das Religiões”, realizado pela Fundação Getúlio Vargas sob coordenação de Marcelo Côrtes Neri, e publicado em 2011⁵⁴. Neste estudo observa-se um contínuo declínio da proporção da população que se declara “católica”, que diminuiu de 83,34% para 68,4% entre 1991 a 2009. Os evangélicos, incluindo os ramos tradicionais e os pentecostais, seguem sua trajetória de crescimento de 16,2% para 20,2%, ao passo que os “sem religião” tiveram uma pequena queda no mesmo período de 7,4% a 6,72%. Já as denominadas pelo estudo “religiões alternativas” tiveram um crescimento no período de 2,6% para 4,62%, dentre as quais se encontram as religiões espíritas e cultos afrobrasileiros.

⁵⁴ NERI, Marcelo Côrtes. **Novo mapa das religiões**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. Disponível em <http://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf>. Acesso em 23 de março de 2013.

2 RELIGIÃO E INTOLERÂNCIA

2.1 HISTÓRIA, INTOLERÂNCIA E RELIGIÃO.

Do ponto de vista histórico, embora fossem as letras e as artes cultuadas em algumas cortes importantes, a maioria da população europeia no século XVI era analfabeta. Daí porque a religião, a esta altura, fosse impregnada de uma visão mágica do mundo e de ingredientes folclóricos, sendo que “a cultura religiosa católica apenas conseguiu encobrir as zangadas divindades pagãs com um verniz superficial”⁵⁵. Os santos cristãos eram considerados uma espécie de semideuses, e se estivessem insatisfeitos, poderiam castigar os humanos com doenças e pragas, mas poderiam promover a cura e o livramento, se estivessem benévolos. José Bittencourt Filho prossegue dizendo que as fronteiras entre os domínios natural e sobrenatural eram praticamente inexistentes, pois a população mergulhada na miséria e pobreza estava muito exposta às catástrofes naturais, e não tinha instrução para encontrar explicações para a situação em que se encontravam⁵⁶. Laura de Mello e Souza parece concordar com essa afirmação ao sustentar que havia um substrato de feitiçaria europeia que influenciou as práticas religiosas no Brasil Colônia⁵⁷.

O imaginário europeu era povoado de paraísos terrestres de paz e prosperidade tanto quanto da existência de terras longínquas onde viviam monstros perigosos e criaturas demoníacas. Grande parte deste imaginário, segundo Bittencourt Filho, migrou para o Novo Mundo por meio dos colonizadores:

Assim, tão logo foi `descoberto`, o Brasil foi visto tanto como um paraíso terreal, em virtude das belezas e das riquezas naturais, como um lugar de sofrimentos e de expiação, em virtude dos perigos e dificuldades. Os moradores nativos, por sua vez, foram tidos como criaturas semidemoníacas, portanto, absolutamente carentes de conversão. Essa

⁵⁵ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 46-47.

⁵⁶ BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 47.

⁵⁷ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 26.

crença que demonizava os habitantes da terra oferecia a vantagem adicional de justificar a escravização⁵⁸.

Segundo Laura de Mello e Souza, o Novo Mundo era, em parte, considerado um inferno por sua humanidade diferente, tida como animalesca e demoníaca, e era purgatório por sua condição colonial. A Europa era a metrópole e se opunha ao Novo Mundo, pois aquela era lugar de cultura e terra de cristãos⁵⁹. A mesma autora retrata as linhas gerais da religiosidade popular no Brasil colônia, afirmando que por mais de meio século o Brasil ficou sujeito à jurisdição do bispado de Funchal e após, por cem anos houve um único bispado, na Bahia, de modo que os jesuítas foram os primeiros organizadores do catolicismo aqui⁶⁰. Ao mesmo tempo em que ocorria na Europa o Concílio de Trento (1545-1563), a fluidez da organização eclesiástica deixou espaço para que atuassem os capelães de engenho, que gravitavam em torno dos senhores de engenho⁶¹.

Durante este período, segundo Laura Mello e Souza, prevalece um sincretismo religioso, pois não éramos uma cristandade romana, por diversos fatores:

Um bispado em cem anos, ausência de visitas pastorais recomendadas por Trento – que aliás, só teria sido aplicado no Brasil no século XIX - , as *Constituições primeiras do arcebispo da Bahia*, 1707, representando a única legislação eclesiástica do primeiro período colonial. Mais ainda: a monarquia – poder temporal -, imiscuindo-se nos negócios do espírito através do Padroado, pautava a evangelização antes por razões de Estado do que pelas da Alma: daí uma Igreja que admitia a escravidão, imprescindível à exploração colonial. A originalidade da cristandade brasileira residiria, portanto, na mestiçagem, na excentricidade em relação a Roma e no eterno conflito representado pelo fato de, sendo expressão do sistema colonial, ter que engolir a escravidão: uma cristandade marcada pelo estigma da não-fraternidade⁶².

Em que pese a distância de nosso cristianismo para o de Trento, Laura de Mello e Souza afirma que hoje se sabe que também na Europa foram necessárias décadas e muitas violências para “separar” cristianismo e paganismo, bem como para estabelecer uma uniformidade criada à força pela opressão do Tribunal do Santo Ofício. Segundo a

⁵⁸ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 48.

⁵⁹ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 107.

⁶⁰ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 118.

⁶¹ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 119.

⁶² MELLO E SOUZA, op. cit., p. 120-121.

citada autora, a ação para uniformizar a fé na Europa descobriu um povo rural que frequentemente não conhecia os elementos de base do cristianismo⁶³. Não se deve estranhar, portanto, “que na colônia os padres ignorassem a ordem das pessoas da Santíssima Trindade, a maneira certa de se persignar, não soubessem se Cristo ressuscitaria ou não”⁶⁴. Afeito ao universo mágico, o homem europeu distinguia mal o natural do sobrenatural e a organização catequética tridentina não conseguiria senão que fossem memorizados alguns rudimentos religiosos. Em Portugal, a situação não era diferente, cuja religiosidade era impregnada de paganismo no século XV, uma “complexa fusão de crenças e de práticas, teoricamente batizada de cristianismo mas praticamente desviada dele”⁶⁵. Havia “um cristianismo de fachada, (...) emprestava nomes de santos e festas católicas a forças da natureza e consagrações pagãs”⁶⁶.

Segundo Laura de Mello e Souza, houve uma grande reação católica no século XVII para depurar a espiritualidade na Europa, mas na colônia, por conta da forma como se montou a religiosidade local, persistiria o sincretismo. Uma colônia escravista estava fadada ao sincretismo religioso, pois para aliviar-lhes de seu cativeiro era importante que aos escravos fosse permitido fazer aflorar manifestações sincréticas⁶⁷. José Bittencourt Filho traz a mesma opinião ao afirmar que nos três primeiros séculos de existência como colônia, no Brasil fundiram-se as tradições europeias multisseculares com as tradições não menos antigas dos ameríndios e africanos, “fazendo com que a concepção mágica do mundo atravessasse as camadas sociais, com exceção de uma ínfima minoria letrada”⁶⁸. Isto fez com que a cristandade aqui desenvolvida adquirisse contornos excêntricos, tanto por conta da posição contraditória da Igreja quanto à escravidão quanto pela mestiçagem. Além disso, havia o ponto em comum do culto aos antepassados entre o africano, o indígena e o católico popular na forma de culto aos santos⁶⁹.

⁶³ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 122.

⁶⁴ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 123.

⁶⁵ MARQUES, Antonio Henrique de Oliveira. **A Sociedade Medieval Portuguesa**. 4ª ed. Lisboa: Sá da Costa, 1981, p. 170.

⁶⁶ MARQUES, op. cit., p. 170.

⁶⁷ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 128.

⁶⁸ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 49.

⁶⁹ BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 49.

Prossegue o citado autor no mesmo trecho afirmando que no Brasil colonial colidiram duas grandes concepções religiosas: uma que considerava sagrado o ambiente natural e as forças espirituais a ela subjacentes e outra que ressaltava símbolos religiosos abstratos e transcendentais. A primeira vertente é representada pelos índios e africanos, ao passo que a segunda o é pelos portugueses. Estas concepções não se mantiveram estanques, pelo contrário, desde logo foram combinadas. Tanto para os indígenas quanto para os africanos as forças da natureza eram presididas por espíritos superiores e concebiam o ser humano imerso num mundo sobrecarregado de mistério⁷⁰. Essas crenças nas ligações diretas entre o mundo espiritual e o natural, no cotidiano das pessoas, é partilhada pela maioria dos brasileiros, independentemente da situação de classe. Afirma Gilberto Velho:

No caso brasileiro, encontramos fenômenos que, por sua riqueza e densidade, põem em xeque esquemas e classificações demasiadamente rígidos. Refiro-me, principalmente, às religiões e cultos de possessão que atravessam quase toda a estrutura social. No plano cultural, não há como exagerar a importância da crença generalizada em espíritos e nas suas possibilidades de se comunicarem, manifestarem e influenciarem a vida cotidiana. Candomblé, umbanda, espiritismo, kardecismo, catolicismo popular, diversas seitas de origem protestante, com todas as suas importantes diferenças e até pelos seus conflitos e acusações recíprocas, tem como referência permanente um domínio do sobrenatural mais ou menos benigno ou maligno, mas de algum modo manipulável, sempre presentes nas ações humanas”⁷¹.

Entretanto, uma vez ciente da religiosidade tupi que consistia no culto e comunicação com os ancestrais, a estratégia dos catequistas quanto aos ritos indígenas foi de demonizá-los⁷². Costa afirma que a religião foi usada pelos proprietários de escravos como instrumento de controle sobre os trabalhadores:

Alguns senhores exigiam que os escravos confessassem uma vez por ano. “A confissão é o antídoto das insurreições”, dizia o padre Antonio Caetano da Fonseca, nos seus conselhos aos fazendeiros, “porque o confessor faz ver ao escravo que o seu senhor está em lugar de seu pai e, portanto, lhe deve amor, respeito e obediência; que o trabalho é necessário ao homem para sua subsistência; que esta vida é nada em comparação com a eternidade; e que o escravo que sofre com paciência o seu cativo tem a sua recompensa no reino do céu, onde todos são iguais perante Deus” (...) Essa doutrina caracterizava, em suma, o

⁷⁰ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 50.

⁷¹ VELHO, Gilberto. **Projeto e Metamorfose: antropologia das sociedades complexas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 66.

⁷² BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 52.

pensamento da Igreja. Ajustada à realidade social vigente, pactuava com a classe senhorial procurando realizar seu papel de mediadora na tentativa de eliminar conflitos e atenuar tensões. Aos proprietários aconselhava moderação. Resignação, passividade e esperança na vida eterna, humildade e obediência, eis o catecismo do negro⁷³.

Porém, Bittar afirma que no Brasil, apesar da religião católica ter sido imposta aos negros, ela não era seguida com devoção e envolvimento efetivo pelos negros, mas apenas oficialmente, de modo que o catolicismo dos negros e mulatos de Minas era puramente nominal, se reduzindo a gestos sem significado para a alma⁷⁴. Tanto em Portugal como na colônia, era comum haver dentre as crenças populares aqueles que praticavam adivinhações ou cura, e também tais práticas eram demonizadas. Segundo Mello e Souza, a prática da adivinhação foi frequentemente associada ao diabo, sendo que São Tomás de Aquino insistiu que adivinhar o futuro ou ir além dos limites da razão humana ou das revelações divinas era pecado grave, indicativo de pacto com o demônio⁷⁵. A partir disto, até as leis não eclesiásticas passaram a definir a adivinhação como crime. Mello e Souza cita como exemplo o lavrador Álvaro Martins, que foi preso pela Inquisição em 1557, com oitenta anos de idade, que atendia às necessidades de sua comunidade por meio de adivinhações para encontrar objetos, dinheiro, animais e escravos desaparecidos. As suas adivinhações eram feitas com base nas estrelas⁷⁶.

Africanos, mestiços e índios foram os grandes curandeiros do Brasil colonial e tal se deve ao fato de que tinham conhecimento das ervas e procedimentos rituais específicos a seu universo cultural. As curas mágicas tinham grande importância nas culturas primitivas. Para os Tupinambás, tratar doenças adequadamente e ter êxito nas curas eram provas de talento dos feiticeiros dessa tribo⁷⁷.

Na sociedade tradicional europeia também houve curandeiros e se via a doença como algo que, sendo sobrenatural, só poderia ser vencida com o recurso a meios

⁷³ COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à colônia**. 4ª ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 299.

⁷⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito à tradição e os direitos humanos**. São Carlos: Sequência (UFSC), v. XXXI, p. 309-330, 2011.

⁷⁵ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 210-211.

⁷⁶ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 211.

⁷⁷ MÉTRAUX, Alfred. **A religião dos Tupinambás**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1950, p. 153.

sobrenaturais⁷⁸. Não havia explicações para mortes repentinas, hoje atribuídas a problemas cardíacos, e para doenças infecciosas, dada a ausência de conhecimentos sobre germes e bactérias. Na falta de explicações naturais, o homem se voltava para aquelas além da razão humana⁷⁹. Na França do século XVII se pensava ainda desta forma, acreditando-se que o dom de curar era hereditário, embora segundo a medicina oficial fosse o curandeiro equiparado ao charlatão. Em pleno Século das Luzes, abundavam os livros de práticos e na Inglaterra Francis Bacon achava que empíricos e mulheres velhas eram mais felizes nas suas curas do que os médicos cultos⁸⁰.

Obter curas por meios sobrenaturais aproximava esta terapêutica popular da feitiçaria. O curandeiro tinha um papel paradoxal, pois identificado como feiticeiro era convocado para desfazer feitiços. Assim, curavam doenças, mas também feitiços⁸¹. No Brasil colônia, os curandeiros podiam tanto restaurar a harmonia perdida, restituir saúde, como desencadear malefícios. Abbeville notou a crença Tupinambá nos poderes do sopro e da sucção: os pajés “fazem crer ao povo que lhes basta soprar a parte doente para curá-la”⁸².

Sopro e sucção tiveram papel de destaque nas curas mágicas e na motivação do doenças e malefícios. Mello e Souza aponta que essa crença existia entre os feiticeiros Apopocuva e Chipaia e que na França acreditava-se na capacidade enfeitiçadora do sopro⁸³. No início do século XVIII, as práticas mágicas sincréticas achavam-se arraigadas na vida cotidiana das populações coloniais. Recorria-se a curandeiros e feiticeiras para questões amorosas e de saúde, bem como para provocar malefícios a inimigos. As práticas mágicas misturavam magia de cunho mais europeu, como os demônios que eram soldados valorosos de tom medieval, e o curandeirismo de populações africanas, passando por tradições populares mais antigas como recolher o

⁷⁸ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 223.

⁷⁹ THOMAS, Keith. **Religion and the decline of magic – Studies in popular beliefs in XVIth century England**. 4 ed., London, Widenfield and Nicolson, 1980, p. 536.

⁸⁰ THOMAS, op. cit., p. 14.

⁸¹ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 224.

⁸² ABBEVILLE, Claude d'. **História da missão dos padres capuchinhos na ilha do Maranhão**. São Paulo: Martins, s.d, p. 253.

⁸³ MELLO E SOUZA, op. cit. p. 226.

rastro dos pés da pessoa sobre quem as forças mágicas deveriam atuar, no caso de forma positiva⁸⁴.

Era comum que se os meios sobrenaturais não surtiram efeito, procurassem os colonos os exorcistas da igreja, outra prática que demonstra o sincretismo reinante na colônia. Mesmo nas cidades e campos da Europa, os padres tinham o dever de assistir espiritualmente os enfermos e até se desdobrar em médicos. Laura de Mello e Souza relata o caso do Frei Luis de Nazaré, carmelita baiano, que era exorcista muito requisitado para curar enfermos e foi processado pela Inquisição, eis que se utilizava dos exorcismos para manter cópula carnal com mulheres de forma fraudulenta, a pretexto de fazer parte do ritual de cura⁸⁵. Talvez acreditasse no poder curativo do esperma, como tantos outros na época, mas o fato é que confessou seus atos e foi degredado para o convento mais remoto de sua província e proibido de retornar à sua cidade na Bahia, bem como privado do ofício de exorcizar. Mas foi-lhe permitido que continuasse padre.

Outra prática corrente tanto nas sociedades europeias quanto na colônia era a benzedura de animais. Essa prática era aplicada principalmente para a cura dos animais de subsistência desde a Alta Idade Média e foi por muito tempo tolerada pela Igreja. No final da Idade Média e início da Moderna uma intolerância começou a despertar e em 1499 d. Manuel determinou que, assim como acontecia com os feiticeiros, também os benzedores de animais fossem marcados com um “F” em ambas as faces⁸⁶.

As Ordenações Filipinas previam em seu Livro V, Título IV, como crime a benzedura de animais apenado com açoite, multa de mil-réis a ser paga pelo acusado para quem o acusasse de benzedor, degredo por um ano para a África se fosse homem, e por dois anos para Castro-Marim se fosse mulher⁸⁷. Eduardo Bittar afirma que a pena de degredo para o Brasil era considerada a mais grave que alguém podia receber em caso de feitiçaria, o que fez com que o Brasil aos poucos se tornasse terra

⁸⁴ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 229.

⁸⁵ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 241-245.

⁸⁶ ALMEIDA, Fortunato de. **História da Igreja em Portugal**. Porto: Portucalense, Damião Peres, 1967, p. 365.

⁸⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980, p. 19.

de degredados, e as condições de vida praticamente significavam um abandono ao estado de natureza para os condenados⁸⁸.

A aventura ultramarina pode justificar⁸⁹ em grande parte a existência na colônia de adivinhações, curas mágicas e benzeduras, pois eram usadas para amortecer os impactos nas condições de vida e subsistência causados pela situação de vida aflitiva das explorações marítimas. Numa época de conquistas técnicas incipientes, o espaço do mar era o espaço do medo, rodeado de mitos e forças infernais. Muitos explicam o grande surto de feitiçaria do século XVII na Europa pela aventura ultramarina, pois muitas mulheres faziam sortilégios para terem os maridos de volta. Os marujos enfrentavam todo tipo de perigo no mar como rodamosinhos, tufões e tempestades, em suas viagens para as Índias, Terra Nova ou Noruega⁹⁰.

No Brasil escravista da época da colônia eram constantes os conflitos sociais, e a mais constante manifestação desta tensão por meio de práticas mágicas era o uso de bolsas de mandingas e patuás. De norte a sul, indivíduos de todas as camadas sociais traziam consigo as bolsas de mandinga para proteção pessoal contra forças sobrenaturais. Segundo Mello e Souza, essas bolsas traduzem de forma perfeita o sincretismo religioso reinante, pois uniam a tradição europeia de amuletos com o fetichismo ameríndio e os costumes das populações africanas⁹¹. As primeiras menções ao seu uso datam do século XVII. Desde a Alta Idade Média a confecção de amuletos era considerada uma das principais atividades do feiticeiro. Seu uso foi proscrito na Europa no ano de 813 pelo 3º Concílio de Tours, embora fosse tolerado pela população em geral⁹². Exemplificando, Isabel I presenteou o conde de Essex com uma moeda do tempo de Eduardo III para protegê-lo na sua expedição ao Açores⁹³.

Mandingas, ou Malinkê, eram povos que viviam em um dos reinos muçulmanos do valo do rio Níger por volta do século XIII, o reino de Mali. Os negros desta origem eram considerados tanto no Rio como na Bahia os mestres em magia negra e

⁸⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito à tradição e os direitos humanos**. São Carlos: Sequência (UFSC), v. XXXI, p. 309-330, 2011, passim.

⁸⁹ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 247.

⁹⁰ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 248.

⁹¹ Idem, p. 279.

⁹² Idem, p. 281.

⁹³ THOMAS, Keith. **Religion and the decline of magic – Studies in popular beliefs in XVIth century England**. 4 ed., London, Widenfield and Nicolson, 1980, p. 232.

costumavam trazer ao pescoço amuletos com signos de Salomão e papéis com versículos do Alcorão⁹⁴. O uso das bolsas de mandinga era frequente também entre os brancos e inclusive em Portugal, pois muitos senhores retornavam à metrópole levando consigo seus escravos, que passavam a perambular pelas ruas de Lisboa⁹⁵.

Outro costume frequente entre as feiticeiras era a preparação de poções, unguentos e sortilégios de todo tipo para facilitar as relações amorosas, sendo que esta prática já existia em Portugal, onde se praticava a feitiçaria erótica, seguindo a boa tradição latina. Segundo Laura de Mello e Souza, as feiticeiras eram frequentemente vistas como análogas a prostitutas por conta deste fato e porque os crimes de feitiçaria andavam no mais das vezes juntos com incesto, adultério, filiação ilegítima e comportamentos sexuais desviantes⁹⁶. Gilberto Freyre observou essa tradição de feitiçaria erótica em Portugal neste trecho:

O amor foi grande motivo em torno do qual girou a bruxaria em Portugal. Compreende-se aliás a voga dos feiticeiros, das bruxas, das benzedeadas, dos especialistas em sortilégios afrodisíacos, no Portugal desfalcado de gente que, num extraordinário esforço de virilidade, pode ainda colonizar o Brasil. A bruxaria foi um dos estímulos que concorreram, a seu modo, para a superexcitação sexual de que resultou preencherem-se legítima ou ilegítimamente, na escassa população portuguesa, os claros enormes abertos pelas guerras e pelas pestes. Da crença nos sortilégios já chegavam impregnados ao Brasil os colonos portugueses⁹⁷.

Depois de mostrar nesta parte o panorama de sincretismo religioso dominante em Portugal e no Brasil nesta época de descobrimento até o século XVIII, passaremos a tratar na próxima parte da perseguição religiosa empreendida a todos os que não fossem católicos nesta época e a aniquilação cultural levada a cabo contra negros, índios e cristãos novos.

⁹⁴ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 282.

⁹⁵ CALAINHO, Daniela Buono. **Metrópole das mandingas: religiosidade negra e inquisição portuguesa no Antigo regime**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, passim.

⁹⁶ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 302-303.

⁹⁷ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala – Formação da família brasileira sob regime de economia patriarcal**. 9ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958, p. 450-451.

2.2 HISTÓRIA, ACULTURAÇÃO E DIZIMAÇÃO SIMBÓLICA.

Laura de Mello e Souza afirma que o surgimento da caça às bruxas, a constituição do Estado centralizado e o estabelecimento da Inquisição são fenômenos contemporâneos e estreitamente ligados⁹⁸. A citada autora afirma que a Inquisição surgiu no século XIII para conter o avanço cátaro e recobriu uniformemente a Europa, de norte a sul, leste a oeste. Nomeados pelo papa e diretamente submetidos a Roma, os inquisidores medievais criaram o procedimento a ser adotado posteriormente pelos tribunais da Idade Moderna. A cultura clerical recusava a cultura folclórica e popular desde a Alta Idade Média, mantendo um pensamento de origem greco-romana e racional. Segundo Cardini, “a Igreja do século XII, a Igreja da Universidade e das *Summae* canonísticas e teológicas, mestra de toda a ciência e senhora de todo o poder, em vias de realizar aquele sonho hierocrático fortemente debitado a Inocêncio III, não mais podia considerar com a tolerância até então adotada a sobrevivência – mesmo quando situada às margens da Cristandade – de superstições antigas e não integradas”⁹⁹.

O conceito de heresia foi paulatinamente sendo alargado e a partir do século XIII não seriam toleradas nem mesmo as formas sagradas anteriores ao advento da Igreja e portanto não necessariamente opostas à sua mensagem¹⁰⁰. Em cerca de 250 anos, a Inquisição foi responsável pela queima de cerca de 20 mil pessoas, tendo seu apogeu entre 1560 e 1630¹⁰¹. A figura da feiticeira ajudou o Estado moderno a se fortalecer, criando um novo modelo de homem que atendia às necessidades absolutistas de incremento da autoridade e do controle, bem como impunha um modelo de dominação política e ideológica. O direito criminal criou as condições da perseguição e ao mesmo tempo se consolidava e legitimava enquanto perseguia¹⁰².

⁹⁸ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 367.

⁹⁹ CARDINI, Franco. **Magia, stregoneria, supersitizioni nell’Occidente medievale**. Firenze: La Nuova Italia, 1979, p. 60.

¹⁰⁰ CARDINI, op. cit., p. 63.

¹⁰¹ MELLO E SOUZA, op. cit., p. 372.

¹⁰² Idem, ibidem, p. 373.

Na península Ibérica o Santo Ofício foi essencial como auxiliar do Leviatã para consolidar o aparelho do Estado e se tornou elemento regulador das relações entre o poder real e poder inquisitorial¹⁰³. As tensões sociais da época se reproduziam dentro do Santo Ofício e frequentemente seus interesses se sobrepunham aos interesses da classe dominante, com o exemplo de manter encarcerados escravos nas colônias, contrariando os senhores de escravos.

O Santo Ofício português praticamente se especializou na perseguição a cristãos novos e conversos portugueses, ao contrário do Tribunal espanhol, que diversificou sua caça no século XVII, mas isto não significa que o Santo Ofício luso tenha sido brando com os casos de feitiçaria. Nunca houve um Tribunal do Santo Ofício no Brasil, somente na colônia de Goa, sendo que os casos brasileiros eram processados pelo Tribunal de Lisboa¹⁰⁴. Isto tornava o processo, já naturalmente moroso, ainda mais arrastado.

Para entender o surgimento da Inquisição em Portugal, convém retornar ao final da Idade Média. Anita Novinsky afirma que os judeus de Portugal tiveram uma situação mais favorecida que os da Espanha e desfrutaram de uma liberdade de credo por um século a mais que seus correligionários espanhóis¹⁰⁵. Isto fez com que Portugal se tornasse o país de asilo por excelência para estas pessoas, no momento em que os judeus de países vizinhos se viram perseguidos. A mesma autora prossegue mencionando que apesar da grande influência do direito canônico, a religião em Portugal não impediu nem prejudicou gravemente as relações entre judeus e cristãos, sendo que havia muitos casamentos mistos. Esta situação levou o papa a recriminar muitas vezes os monarcas portugueses¹⁰⁶.

Foi depois do estabelecimento da Inquisição na Espanha e depois de 1492, quando os judeus expulsos dos reinos espanhóis vieram refugiar-se em Portugal, que a questão judaica passou a ser uma preocupação do monarca. Pressionado pelas nações vizinhas, D. Manuel concorda em expulsar de Portugal seus súditos judeus, mas lhes

¹⁰³ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 377.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, p. 379.

¹⁰⁵ NOVINSKY, Anita. **Cristãos Novos na Bahia: A Inquisição no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 24.

¹⁰⁶ NOVINSKY, op. cit., p. 27.

oferece uma alternativa: converter-se. Para isto foi-lhes dado um prazo até 31 de outubro de 1497 e houve muitos batismos em massa¹⁰⁷. Este e outros fatores deram início ao problema do “cristão novo”, pois a população de Portugal desconfiava da sinceridade da conversão dos cristão novos. As sociedades ibéricas estavam organizadas em moldes feudais, sendo que grande parte da população portuguesa se encontrava vivendo marginalizada, havendo uma minoria de privilegiados. Os progressos da aventura ultramarina abriram possibilidade de ascensão social para a população em geral e parte relevante desta nova burguesia era formada por judeus, que tinham talento para a atividade mercantil devido ao processo histórico de exclusão que sofreram, muitas vezes impedidos de possuir bens imóveis¹⁰⁸.

O relevo que adquiriram os judeus na vida comercial fez com que entrassem em choque com a burguesia cristã, devido a seus padrões culturais diferentes. Anita Novinsky explica como isso fez nascer o preconceito contra o cristão novo:

Os credos monoteístas, do Judaísmo ao Cristianismo e ao Islamismo, rejeitaram todas as harmonizações sincréticas, pois para cada um deles só havia um Deus e quem se recusasse a reconhecê-lo vive necessariamente em erro. O preconceito contra o “herege” é, assim, fenômeno dos tempos mais avançados, e na Península Ibérica radicou-se mais fortemente entre espanhóis do que entre portugueses. Quando o processo evolutivo da sociedade ibérica alcançou estágio econômico mais avançado, levando a maior parte da população a disputar direitos iguais aos do grupo dominante e privilegiado, utilizou-se este dos meios existentes na tradição, isto é, da espécie de mitologia em que parecia sustentar-se a sociedade: melhor, recorreu ao mito do herege identificado como inimigo da pátria e ao da reprovação, do rejeitado, da maldição lançada sobre o povo judeu. Aproveitando-se do fato de se ter formado nos espíritos doutrinados e catequizados uma imagem caricatural e lendária do Judaísmo e dos judeus. E sobre esses dois mitos vai criar-se um terceiro, ou seja, o “mito do cristão novo”¹⁰⁹.

Os cristãos novos, como os judeus, foram acusados de serem diferentes dos cristãos velhos, devido a características inatas, sendo irrelevante a conduta e caráter da pessoa. A conversão nada mudou, o cristão novo continuava marcado pelas características associadas aos judeus, embora houvesse no século XV e XVI muitos

¹⁰⁷ NOVINSKY, Anita. **Cristãos Novos na Bahia: A Inquisição no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 30-31.

¹⁰⁸ NOVINSKY, op. cit. p. 32.

¹⁰⁹ NOVINSKY, op. cit. p. 33.

judeus na Península Ibérica bastante assimilados na população local, bem como portugueses e espanhóis fortemente hebraizados¹¹⁰.

Então, a introdução do Tribunal do Santo Ofício na Espanha e em Portugal teve causas mais econômicas do que de fé, eis que surgiu do empenho de uma classe aristocrática e feudal em defender-se contra a média burguesia em ascensão. Isto se explica também pelo fato de que os cristãos novos portugueses tiveram um papel importante no comércio lusitano com os senhorios de ultramar e com o Norte da Europa, e sua participação foi apreciável no desenvolvimento do capitalismo comercial. O papa Sixto IV escreveu aos Reis católicos que as atividades do Tribunal de Sevilha eram ditadas “não pelo zelo da fé e da salvação das almas, mas pela cupidez e o espírito de lucro”¹¹¹.

Desta forma, foram utilizados os mitos e preconceitos para racionalizar a exploração econômica. Muitos cristãos velhos se puseram a serviço da Inquisição, pois através do mito do sangue puro, ficavam em situação de identificar-se com os nobres, a classe dominante. A hostilidade contra o cristão novo, desse modo, tornou-se muito parecida com o antissemitismo moderno que, segundo Sartre, é uma espécie de esnobismo de pobre, pois tratando o cristão novo como um elemento inferior e pernicioso, conseguia-se afirmar e ao mesmo tempo colocava-se lado a lado com a elite aristocrática¹¹².

Quanto à situação no Brasil, desde o século XVI os cristãos novos foram migrando para a Colônia, a qual adotava as mesmas leis de Portugal, que restringiam as possibilidades de expressão e livre pensamento dos cristãos novos, bem como lhes vedavam o acesso a terras, universidades e exército. Mas a aspereza das condições de vida na Colônia fez com que a aplicação da lei fosse abrandada, havendo muitos cristãos velhos que se misturavam aos novos, afrouxando o dogmatismo de sua fé. Por outro lado, o cristão novo deixou-se envolver com maior facilidade pelo processo assimilatório e miscigenou-se com a população nativa¹¹³. No mesmo trecho, Anita Novinsky manifesta a opinião de que a perseguição sofrida pelo cristão novo na Colônia

¹¹⁰ NOVINSKY, Anita. **Cristãos Novos na Bahia: A Inquisição no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 34.

¹¹¹ NOVINSKY, op. cit. p. 34-35.

¹¹² SARTRE, Jean-Paul. **Reflexões sobre o racismo**. São Paulo: Difel, 1960, p. 17.

¹¹³ NOVINSKY, op. cit. p. 58.

explica algumas facetas da personalidade do homem brasileiro, eis que este cristão tinha consciência de suas limitações e todo um sistema de leis proibitivas e discriminatórias, tendo mantido um comportamento desconfiado e crítico quanto à Igreja e exteriormente mantinha uma capa de conformismo com sua situação.

O processo assimilatório cumpriu-se de modo diferente dependendo da condição social do cristão novo. Os mais humildes frequentemente mesclavam-se com a população negra ou índia, ao passo que os que tinham condição mais privilegiada, ansiosos por esconder sua origem, casavam com cristãos velhos. Os cristãos novos que se estabeleceram no Brasil voluntariamente vinham de ambientes menos inclinados para a vida intelectual e eram menos ortodoxos no ponto de vista religioso. A Colônia não oferecia, então, ambiente propício para divagações filosóficas limitando-se aos estudos da Companhia de Jesus¹¹⁴. No Brasil em construção, os cristãos novos foram desbravadores do sertão, lavradores, soldados e mestres de açúcar, sendo que a solidão do vasto continente e o ambiente estranho aproximaram cristãos novos de cristãos velhos, afrouxando as naturais barreiras discriminatórias, tendo como efeito o aumento de casamentos mistos. Também a intolerância religiosa era menor por conta das carências materiais, de modo que o prestígio do negro era maior na zona rural, uma vez que substituía o médico ausente com sua magia¹¹⁵.

As três Visitações do Tribunal do Santo Ofício voltaram-se para regiões economicamente significativas da colônia: Bahia, Pernambuco, Grão-Pará¹¹⁶. “As regiões do Brasil mais procuradas e vigiadas pelo Santo Ofício da Inquisição são sempre as de maior prosperidade”¹¹⁷. A perseguição à feitiçaria predominava nas regiões mais ricas e isso se explica pelo fato de as práticas mágicas e sincréticas aumentavam de intensidade em proporção ao número de escravos africanos presentes. No caso dos cristãos novos, é fácil deduzir que havia mais cristãos ricos naquelas partes onde havia maior prosperidade. Houve também uma devassa em Mato Grosso, que se justifica pela importância desta zona fronteira. Assim, argumenta Laura de

¹¹⁴ NOVINSKY, Anita. **Cristãos Novos na Bahia: A Inquisição no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 65.

¹¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito à tradição e os direitos humanos**. São Carlos: Sequência (UFSC), v. XXXI, p. 309-330, 2011, passim.

¹¹⁶ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 382.

¹¹⁷ NOVINSKY, op. cit. p. 111.

Mello e Souza que a Inquisição se tornou auxiliar do Estado, legitimando-se através da perseguição e punição de comportamentos heterodoxos e desviantes¹¹⁸.

No século XVIII, as Câmaras Municipais eram encarregadas de verificar se havia recurso à feitiçaria e se existiam na comunidade bruxas curando pessoas ou benzendo animais. Em 1780, o Conde de Povolide informou Martinho de Mello e Castro sobre cerimônias ao ar livre promovidas por negros da Costa da Mina, nas quais eram utilizados um altar com ídolos, bodes vivos, sangue de galo, bolos de milho ofertados aos participantes, ou seja, cerimônias precursoras das sessões de candomblé¹¹⁹. No mesmo trecho citado de Roger Bastide, lê-se que o Conde estava afinado com a tendência europeia de demonizar as manifestações da cultura popular.

Desta forma, percebe-se que a caça às bruxas só poderia ocorrer na Idade Moderna, pois a feitiçaria e práticas mágicas eram exercidas desde tempos imemoriais e mudaram de feição após a mudança da forma de organização das instituições. Nas palavras de Laura de Mello e Souza:

A intolerância em relação às bruxas, alcoviteiras, adivinhas crescia à medida que se tornavam irreversíveis a desestruturação do sistema feudal, a organização do poder na forma de Estados monárquicos, a conscientização, por parte da Igreja, de suas limitações enquanto detentora e propagadora do cristianismo como religião hegemônica. A feiticeira, portanto, não foi “a filha da miséria”, caracterizada por Michelet no século passado. Foi antes um dos frutos do nascimento de uma nova época, um dos sintomas do parto doloroso que geraria ainda as legiões de expropriados pré-capitalistas, os doentes mentais e tantas categorias excluídas. Dentre elas, foi a feiticeira que mais ódios gerou, porque corporificou, de maneira exemplar, o embate entre dois mundos: o da cultura popular, da tradição oral e iletrada partilhada pela grande maioria da população europeia, e o da cultura erudita, letrada, escrita, exclusiva a um número restrito de intelectuais¹²⁰.

Eduardo Bittar parece concordar com esse entendimento ao afirmar que durante o período do Brasil colônia houve não somente uma oposição de classes, mas uma oposição de valores, já que os negros escravos eram despossuídos de qualquer direito

¹¹⁸ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 384

¹¹⁹ BASTIDE, Roger. **Les religions africaines au Brésil – Vers une sociologie des interpretations de civilisations**. Paris: PUF, 1960, p. 77.

¹²⁰ MELLO E SOUZA, op. cit. p. 387.

e eram tratados como propriedade¹²¹. Neste contexto, “o catolicismo entra, nesta componente, como uma variável justificadora da dominação, e, no lugar de contrastar a humanidade do escravo à sua condição servil, acomoda o interesse de manter a estrutura de classes e operar pela conversão dos gentios. Por isso, como afirma Bastide, o catolicismo se sobrepôs à religião africana no período colonial”¹²².

Neste período, corroborando a análise de que a Inquisição agia como um auxiliar do Estado e sua dominação, constata-se que a legislação do Reino de Portugal, aplicável à colônia, tinha diversas disposições discriminatórias contra as manifestações de religiosidade popular. A título de exemplo, Bittar cita o Livro V das Ordenações Filipinas, Capítulo 70, que tem por Título “Que os escravos não vivam por si e os negros não façam bailes em Lisboa”. No Parágrafo 1º está disposto:

E bem assim na cidade de Lisboa e uma légua ao redor, se não faça ajuntamento de escravos nem bailes, nem tangeres seus, de dia nem de noite, em dias de festas nem pelas semanas, sob pena de serem presos e de os que tangerem ou bailarem pagarem cada um mil réis para quem os prender, e a mesma defesa se entenda nos pretos forros.¹²³

Assim, percebe-se que a legislação da Metrópole corroborava o sistema da Inquisição, permitindo a punição a toda forma de crença popular, não católica, levando a uma dizimação cultural do negro e do índio. Segundo Laura de Mello e Souza, a Inquisição atuou durante o período colonial como um organismo que desestruturava o tecido social, impondo pânico coletivo e tragédias pessoais. Aduz a citada autora:

Mesmo quando não matava, prendia por longos anos, isolava os réus, nos cárceres, mantendo-os longe da família e toda forma de convívio, torturando-os e, não raro, enlouquecendo-os. Após as estadas traumáticas e frequentemente letais nos seus calabouços, o Santo Ofício os expunha ao desprezo público, ao ridículo, à humilhação dos autos-de-fé grandiosos e calculadamente organizados para intimidar, impressionar e aterrorizar os espectadores. Antes de devolver à sociedade os bagaços humanos em que havia metamorfoseado os réus, mandava-os cumprir pena de degredo ou de galés. Alguns heróis, como Adrião Pereira de Faria, conseguiriam, após o calvário, voltar para junto dos parentes e dos amigos. Mas, certamente, seu caso era atípico¹²⁴.

¹²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito à tradição e os direitos humanos**. São Carlos: Sequência (UFSC), v. XXXI, p. 309-330, 2011, passim.

¹²² BITTAR, op. cit., passim.

¹²³ BITTAR, op. cit., passim.

¹²⁴ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 432.

Alguns autores afirmam que em números absolutos a Inquisição matou pouco e que os tribunais laicos que julgaram os casos de feitiçaria foram mais cruéis. Fortunato de Almeida justificou a atividade inquisitorial dizendo que “o número das vítimas seria muito maior se a Inquisição não tivesse livrado o país do horror das guerras religiosas, que fizeram derramar ondas de sangue nos países onde penetrou a Reforma protestante”¹²⁵. Sonia Siqueira comunga desse entendimento salientando um mérito da Inquisição ao dizer que “a porcentagem diminuta de mortos, em relação ao número de reconciliados, reafirma as boas intenções do Santo Ofício em purificar realmente a fé, reavendo os crentes que dela se afastavam”.¹²⁶

Laura de Mello e Souza discorda desse entendimento e afirma que “os efeitos letais da Inquisição não são mensuráveis nem traduzíveis em números”¹²⁷. Anita Novinsky também aponta para outras consequências nefastas do Santo Ofício, pois perseguia os cristãos novos para lhes confiscar os bens e com suas torturas os fazia confessar sua culpa de judaísmo sendo completamente inocentes¹²⁸. Concordamos com Mello e Souza no seguinte trecho em que condena as práticas da Inquisição:

O Tribunal do Santo Ofício corporificou o debate entre universos culturais distintos, no qual o personificado por aquela corte levava a melhor e era momentaneamente incorporado pelo réu. No processo inquisitorial, a figura da bruxa, tal como se apresentava no universo simbólico dos inquisidores, era absorvida de modo passageiro pelos acusados ou superposta às crenças que estes abraçavam (...) Passado o traumatismo do cárcere, das torturas, do auto-de-fé, podia até haver repúdio ao sistema simbólico anteriormente abraçado; daí as reincidências, os indivíduos que, como Antonia Maria e Domingos Álvares, acabavam por retornar às práticas que os tinham incriminado¹²⁹.

Assim, percebe-se que a Inquisição conseguiu apenas aplicar um fino verniz de catolicismo de aparência nos seus fiéis, que no seu íntimo continuavam a seguir suas tradições e crenças mais arraigadas ou praticavam um catolicismo de fachada. O declínio da Inquisição veio com a passagem do século XVIII para o século XIX,

¹²⁵ ALMEIDA, Fortunato de. **História da Igreja em Portugal**. Porto: Portucalense, Damião Peres, 1967, p. 426.

¹²⁶ SIQUEIRA, Sonia. **A Inquisição portuguesa e a sociedade colonial**. São Paulo: Ática, 1978, p. 297.

¹²⁷ MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 438.

¹²⁸ NOVINSKY, Anita. **Cristãos Novos na Bahia: A Inquisição no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 141-142.

¹²⁹ MELLO E SOUZA, op. cit. p. 439.

motivada por diversos fatores, como a vinda da família real ao Brasil, o impacto das ideias liberais, a Revolução Francesa e proclamação de direitos universais, incompatíveis com a manutenção da escravidão¹³⁰.

Apesar disso, o catolicismo se manteve como religião oficial após a proclamação da Independência e com a promulgação da Constituição Política do Império, em 1824. O artigo 5º do Texto dispunha que a Religião Apostólica Romana era a Religião do Império, assumindo o Estado um caráter confessional. Entre outras consequências deste caráter, temos que o Imperador devia jurar manter aquela religião antes de aclamado (art. 103), que competia ao Poder Executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, III), assim como conceder ou negar os beneplácitos aos atos da Santa Sé (art. 102, XIV), o que significa que tais atos somente teriam valor no Brasil com a aprovação do Executivo¹³¹. O art. 5º ainda dispunha que as demais religiões podiam ser cultuadas no âmbito doméstico, em local que não tivesse forma alguma exterior de templo.

Assim, o Estado brasileiro somente passou a ser laico em 1890, com o Decreto 119-A, da lavra de Ruy Barbosa, expedido pelo Governo Provisório, ainda antes da constitucionalização do novo regime republicano, cuja redação em seu artigo 1º era:

É proibido à autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.¹³²

No próximo item, será analisada a formação da chamada matriz religiosa brasileira, que foi marcada pelo sincretismo desde o início, como já visto no item 2.1 supra.

¹³⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito à tradição e os direitos humanos**. São Carlos: Sequência (UFSC), v. XXXI, p. 309-330, 2011, passim.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 250-251.

¹³² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em 29.05.2013.

2.3 FORMAÇÃO DA MATRIZ RELIGIOSA BRASILEIRA.

Como visto acima, a maior parte da população europeia era analfabeta, de modo que o imaginário dela era povoado de paraísos terrestres e criaturas demoníacas, sendo que a fronteira entre o natural e o sobrenatural era quase inexistente. Assim, o catolicismo se misturava a esse imaginário, formando uma religiosidade sincrética na Europa com bruxas e magos.

Parte desse imaginário migrou com os colonizadores para o Novo Mundo, sendo o Brasil visto nos seus três primeiros séculos de existência como uma terra paradisíaca em virtude das belezas e riquezas naturais, mas habitada por seres demoníacos, quase uma espécie de purgatório¹³³.

Acentua José Bittencourt Filho:

Deve-se considerar a Matriz Religiosa Brasileira como o resultado inerente ao encontro de culturas e mundividências. Pode-se dizer, em grandes linhas, que no Brasil colonial colidiram duas grandes concepções religiosas: uma que sacralizava o ambiente natural e as forças espirituais a ele subjacentes; outra que ressaltava símbolos religiosos abstratos e transcendentais. Tais concepções não se mantiveram estanques, porquanto, na prática religiosa popular, foram desde logo combinadas¹³⁴.

Comentando o catolicismo popular de Portugal no século XV, afirma Gilberto Freyre:

Nem era entre eles a religião o mesmo duro e rígido sistema que entre os povos do Norte reformado e da própria Castela dramaticamente Católica, mas uma liturgia antes social que religiosa, um doce cristianismo lírico, com muitas reminiscências fálicas e animistas das religiões pagãs: os santos e os anjos só faltando tornar-se carne e descer dos altares nos dias de festa para se divertirem com o povo; os bois entrando pelas igrejas para ser benzidos pelos padres; as mães ninando os filhos com as mesmas cantigas de louvar o Menino-Deus; as mulheres estéreis indo esfregar-se de saia levantada, nas pernas de São Gonçalo do Amarante; os maridos cismados de infidelidade conjugal indo interrogar os “rochedos dos cornudos” e as moças casadoras os “rochedos do casamento”; Nossa Senhora do Ó adorada na imagem de uma mulher prenhe¹³⁵.

¹³³ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 48-49.

¹³⁴ BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 49.

¹³⁵ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala – Formação da família brasileira sob regime de economia patriarcal**. 9ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958, p. 22.

Índios e negros não tiveram dificuldade em se integrar na visão religiosa do catolicismo português, pois tanto para uns quanto para outros, as forças da natureza eram regidas por espíritos superiores ou personagens míticos e concebiam o ser humano em um mundo carregado de mistério. Segundo Volney Berkenbrock, “Os primeiros contatos entre índios e africanos foram feitos através de escravos fugitivos que encontraram refúgio com os índios. A mestiçagem entre índios e negros concorreu para o sincretismo religioso tanto nas religiões afro-brasileiras, como nas religiões indígenas”.¹³⁶

Embora no início da colonização as crenças dos índios e negros convivessem tranquilamente com as celebrações católicas, aos poucos a religiosidade relacionada com o corpo e suas expressões foi sendo desvalorizada e reprimida. Ao perceberem os catequistas que o cerne da religiosidade tupi consistia no culto e comunicação com os mortos, adotaram a estratégia de demonizar os ritos indígenas¹³⁷. Segundo Alfredo Bosi:

Aí estava, portanto, o alvo real a ser destruído pela pregação jesuítica. O método mais eficaz não tardou a ser descoberto: generalizar o medo, o horror, já tão vivo no índio, aos espíritos malignos, e estendê-lo a todas as entidades que se manifestassem nos tranSES. Enfim, diabolizar toda cerimônia que abrisse caminho para a volta dos mortos¹³⁸.

Segundo José Bittencourt Filho, a religião foi utilizada pelos proprietários de escravos como um instrumento de controle sobre os trabalhadores cativos, de modo que as relações de poder estabelecidas pelo regime colonial, bem como o encontro de culturas fez com que as pessoas envolvidas no sistema colonial refizessem suas identidades uma vez confrontados com novos sistemas simbólicos e religiosos¹³⁹. As formas culturais e religiosas condenadas como demoníacas foram sendo canalizadas para uma religiosidade camuflada, instrumento de resistência e de manutenção de identidade ante as violências do opressor. Enquanto os indígenas e negros

¹³⁶ BERKENBROCK, Volney J. **A experiência dos orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no candomblé**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 115.

¹³⁷ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 52-53.

¹³⁸ BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 69.

¹³⁹ BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 53.

aparentemente aceitavam as práticas sacramentais, mantinham no cotidiano, de maneira velada, condutas transgressoras quanto às determinações eclesiásticas¹⁴⁰.

No contexto da catequese, ao mesmo tempo em que os índios assimilavam símbolos cristãos, os catequistas foram obrigados a efetuar adaptações nas práticas católicas para confrontar as crenças dos movimentos indígenas. Na batalha pelo monopólio das almas e corações, crenças e ritos, ambas as religiosidades acabaram se fundindo, como ensina Bosi:

A transposição para o Novo Mundo de padrões de comportamento e linguagem deu resultados díspares. À primeira vista, a cultura letrada parece repetir, sem alternativas, o modelo europeu; mas, posta em situação, em face do índio, ela é estimulada, para não dizer constrangida, a inventar. Que o primeiro aculturador dê exemplo: Anchieta compõe em latim clássico o seu poema à Virgem Maria quando, refém dos Tamoios na praia de Iperoígue, sente necessidade de purificar-se. O mesmo Anchieta aprende o tupi e faz cantar e rezar nessa língua os anjos e santos do catolicismo medieval nos autos que encena com os curumins. Uma antiga forma literária, a epopeia, nobilitada pela Renascença italiana, molda conteúdos de uma situação colonial, no primeiro caso. No segundo, porém, o jesuíta aguilhoado pelas urgências da missão precisou mudar de código, não por motivos de mensagem, mas de destinatário. O novo público, e mais do que público, participante de um novo e singular teatro, requer uma linguagem que não pode ser absolutamente a do colonizador. E há mais: Anchieta inventa um imaginário estranho sincrético, nem só católico, nem puramente tupi-guarani, quando forja figuras míticas chamadas karaibebé, literalmente profetas que voam, nos quais o nativo identificava talvez os anunciadores da Terra sem Mal, e os cristãos reconheciam os anjos mensageiros alados da Bíblia. Ou Tupansy, mãe de Tupã, para dizer um atributo de Nossa Senhora. De mãos dadas caminhavam a cultura-reflexo e a cultura-criação¹⁴¹.

Os africanos, por sua vez, devido às condições em que foram trazidos e espalhados pelo território nacional, apresentaram um vasto e complexo sincretismo religioso. Buscaram contornar as diferenças ancestrais por ele mesmos trazidas, acolheram conteúdos das religiões indígenas quando parecidos com os seus e, para evitar confrontos diretos com os senhores que não lhes permitiam outra religião que

¹⁴⁰ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 57.

¹⁴¹ BERKENBROCK, Volney J. **A experiência dos orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no candomblé**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 31.

não o catolicismo, “camuflaram suas crenças por meio da justaposição dos orixás com os santos católicos”¹⁴².

O confronto permanente com a brutalidade dos senhores de escravos e o fato de que opressão não podia ser vencida concretamente, conferiu um lugar privilegiado à magia na prática religiosa como uma alternativa espiritual de resistência, que também se aplicava à cura dos males físicos¹⁴³. Segundo Emília Viotti da Costa:

O escravo vivia num mundo mágico hostil que procurava dominar à custa da magia. Daí o prestígio de que gozava o feiticeiro, respeitado e temido por todos, curando males do corpo e do espírito, doenças e mal de amor. Com remédios de ervas e palavras mágicas “curava” desde picada de cobra até bicheira de animal, intoxicações ou bronquites. Mesmo os brancos se serviam deles¹⁴⁴.

A matriz religiosa brasileira, segundo José Bittencourt Filho, completou-se com a vinda do kardecismo ao Brasil no século XIX, século em que esta matriz se consolidou¹⁴⁵. Segundo o mesmo autor, “o sincretismo possui como característica a mescla, a fusão e a simbiose de elementos culturais. Tal simbiose acontece como resultado de uma nova fisionomia cultural, na qual se combinam e se somam, em maior ou menor intensidade, as marcas de culturas originárias”.¹⁴⁶

No caso dos africanos, segundo Muniz Sodré:

A cosmogonia e os ritos nagôs não se implantaram no Brasil exatamente como existiam na África. Houve aqui uma síntese operada sobre o vasto panteão dos orixás africanos, assim como modificações de que só o trabalho etnológico poderá dar conta. Em outras palavras, a ordem original (africana) foi reposta, sofrendo alterações em função das relações entre negros e brancos entre mito e religião, mas também entre negros e mulatos e negros de umas etnias com os de outras¹⁴⁷.

Esse sincretismo, entretanto, não se deu de forma livre, conforme adverte Bittencourt Filho, pois ele se deu historicamente dentro de uma relação desigual de senhores e escravos, que envolvia dominação política, cultural e religiosa. Por outro lado, as crenças populares das majorias empobrecidas demonstram que houve um

¹⁴² BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 60.

¹⁴³ BITTENCOURT FILHO, op. cit. p. 61.

¹⁴⁴ COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à colônia**. 4ª ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 303.

¹⁴⁵ BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 53.

¹⁴⁶ Idem, p. 63.

¹⁴⁷ SODRÉ, Muniz. **A verdade seduzida (por um conceito de cultura no Brasil)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1988, p. 132.

núcleo de representações que não pode ser dizimado pela ideologia dominante, a despeito de seu esforço ao longo dos séculos de colonização¹⁴⁸.

Um ponto relevante acentuado pelo mesmo autor é o de que no caso da Matriz Religiosa Brasileira, não existe somente um pluralismo religioso, que é fenômeno perfeitamente compreensível, mas uma pluralidade de concepções dentro do mesmo indivíduo, ou seja, a coexistência em um só indivíduo de concepções religiosas muitas vezes opostos ou até racionalmente inconciliáveis¹⁴⁹. Isto se traduz na realidade na existência de muitas pessoas que, embora não participem de êxtases místicos e outras formas de arrebatamento religioso, acreditam piamente na possibilidade dos espíritos intervirem no mundo natural, não raro para obter resultados utilitaristas, como a cura de males, retorno da pessoa amada, entre outros.

O espiritismo kardecista completou a mistura cultural que consolidou a Matriz Religiosa Brasileira. Esta denominação foi introduzida no Brasil na década de 1850 pela colônia francesa no Rio de Janeiro, composta por jornalistas, comerciantes e professores¹⁵⁰. O espiritismo deu seus primeiros passos em terras brasileiras com a publicação do livro *Les temps sont arrivés*, escrito em francês por Casimir Lietaud, então diretor do conceituado Colégio Francês¹⁵¹. O espiritismo sofreu dura oposição da Igreja Católica. A doutrina espírita foi bem acolhida no Brasil, como atesta Candido P. F. de Camargo:

Em função do estilo racional da doutrina kardecista, o Espiritismo passa a constituir, no começo deste século, principalmente nas pequenas cidades do interior, ideologia que se opõe à liderança do pensamento exercida pela Igreja Católica. Atingindo minoria intelectual que busca formas de inovação face aos quadros ideológicos predominantes no Brasil, o Espiritismo apresenta sistema filosófico-religioso diverso do pensamento católico tradicional e relativamente mais coerente com o estilo de pensamento científico. O Espiritismo foi igualmente capaz de preencher certas expectativas de pensamento racional, possibilitando investigações de ordem comprobatória a respeito do próprio fenômeno mediúnico. A rejeição do dogma católico e a adoção de procedimento sistemático na formação da doutrina espírita mostraram-se compatíveis com as aspirações intelectuais de parte da população urbana. Teve ainda o Espiritismo a vantagem psicológica de não se encontrar

¹⁴⁸ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 66.

¹⁴⁹ BITTENCOURT FILHO, op. cit. p. 68.

¹⁵⁰ ARRIBAS, Célia da Graça. **Afinal, espiritismo é religião?** Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 39.

¹⁵¹ ARRIBAS, op. cit. p. 40.

comprometido com a dessacralização e a neutralidade axiológica pressupostas na filosofia da ciência divulgada no sistema universitário brasileiro¹⁵².

Mesmo sendo o Brasil um Estado laico a partir de 1890, o espiritismo era definido como crime no artigo 157, do Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, 11 de outubro de 1890), com a seguinte redação: “Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica” era crime punível com “prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$000 a 500\$000”.¹⁵³ O crime era definido como um atentado à saúde pública.

Segundo José Bittencourt Filho, o Espiritismo surgiu na Europa num ambiente cientificista e positivista, em que a ideia de “progresso” gozava de alto prestígio¹⁵⁴. Esta religião adota concepções milenares como a comunicação com os mortos e reencarnação, porém com uma roupagem científica, seguindo-se o método experimental para demonstrar a atuação dos espíritos no mundo natural¹⁵⁵. Nessa linha, os pioneiros desta religião promoviam experiências para demonstrar suas teses e o progresso espiritual da humanidade. Conseguiram angariar a adesão de muitos pensadores e cientistas¹⁵⁶.

Ainda segundo Bittencourt Filho, já no começo do século XX, grupos de pessoas de classe média como profissionais liberais, jornalistas e comerciantes, insatisfeitos com o Espiritismo kardecista, dedicaram-se à tarefa de reformá-lo, pois o consideravam excessivamente limitado em seus ritos e demasiadamente intelectualizado. Buscando inspiração para o seu intento reformista nos cultos afro-brasileiros praticados nas favelas do Rio de Janeiro, deram origem à nova religião chamada de Umbanda¹⁵⁷.

A primeira impressão pela observação da Umbanda é de que ela resulta de uma mescla confusa de elementos religiosos de diferentes procedências. A invenção da

¹⁵² CAMARGO, Candido Procópio Ferreira de. **Católicos, protestantes, espíritas**. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 163.

¹⁵³ Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2013.

¹⁵⁴ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 214.

¹⁵⁵ CAMURÇA, Marcelo Ayres. **Le livre des esprits na Manchester mineira**, v. 4, n. 10, 1998, p. 207.

¹⁵⁶ BITTENCOURT FILHO, op. cit., p. 216.

¹⁵⁷ Idem, p. 216.

Umbanda provém de um processo de acomodação deliberada entre tradições religiosas europeias, africanas e indígenas, como resultado de uma reivindicação cultural: ser reconhecida como a primeira religião genuinamente nacional¹⁵⁸. No mesmo trecho anterior, José Bittencourt Filho afirma que considera a Umbanda a mais perfeita tradução da Matriz Religiosa Brasileira.

Este fato é revelado pelo fato de que a Umbanda procurou um marco fundador oficial, evidenciando sua busca por uma erudição que a “elevasse” e a distinguisse das práticas mediúnicas anteriores. O 15 de novembro de 1908 aparece como essa data de fundação, que divide claramente as práticas anteriores do surgimento de uma nova religião nacional. A data corresponde à primeira manifestação do Caboclo das Sete Encruzilhadas, que, em uma sessão kardecista, mostrou o desejo do “astral” de criar uma nova religião tipicamente brasileira¹⁵⁹.

Como mencionado acima, grupos de pessoas de classe média buscaram reformar o Espiritismo kardecista, o que fizeram recorrendo aos cultos afro-brasileiros, porém o fizeram reinterpretando a mitologia afro-brasileira por meios dos conteúdos espíritas, ao mesmo tempo em que buscaram expurgar os rituais dos elementos mais característicos de sua origem africana, o que resultou no uso do uniforme branco, a eliminação dos atabaques, das bebidas, dos sacrifícios cruentos, da oferenda de alimentos para entidades espirituais e de todos os demais ritos ligados à “feitiçaria”.¹⁶⁰

Assim, pode-se dizer que os fundadores da Umbanda foram cuidadosos em eliminar incômodas heranças africanas. Em contrapartida

Essa mistura particular de kardecismo e tradições afro-brasileiras representava, portanto, uma articulação consciente de diferentes religiões e setores sociais da população, na qual os kardecistas abandonaram as práticas associadas com sua posição de classe média para criar uma religião que celebrava os componentes oprimidos, não europeus, da sociedade brasileira. A adoção, por parte dos kardecistas, de símbolos religiosos das classes subalternas, sugere um importante paradoxo das relações de classe no Brasil nesse período, ou seja, em termos espirituais, a classe média não se via suficientemente poderosa para solucionar seus próprios problemas, e voltava-se para a maior vitalidade das religiões dos pobres e, conseqüentemente, para a vitalidade das massas. Ao mesmo tempo, a confluência, na Umbanda,

¹⁵⁸ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 213.

¹⁵⁹ ISAIA, A. C. Umbanda e Nacionalismo No Brasil. In: **Revista Teocomunicação**. v. 27, n.115, p. 95-108, 1997.

¹⁶⁰ BITTENCOURT FILHO, op. cit. p. 217.

dos símbolos católicos (ibéricos), africanos e dos indígenas brasileiros, também trouxe importantes ingredientes para uma identidade cultural nacional brasileira, no sentido usado por Gilberto Freyre, e forneceu a base para interpretações nacionalistas da Umbanda. Tanto as relações de classe em mudança contidas na fundação da Umbanda como sua orientação nacionalista estavam diretamente relacionadas ao contexto sociopolítico no qual ela emergiu¹⁶¹.

Os continentes marginalizados nas periferias do Rio de Janeiro e de São Paulo, nas primeiras décadas do século XX, estavam submetidos à elite da época que pavimentava seu caminho em direção ao “progresso”, de modo que a maioria da população não tinha amparo estatal, representatividade democrática ou oportunidades no acanhado mercado de trabalho, encontrando nas práticas religiosas mediúnicas e no ritualismo mágico um mecanismo para tornar o cotidiano suportável¹⁶². A Umbanda surgiu no campo religioso com padrões de conduta palatáveis às elites e buscando sua legitimação pela afirmação dos valores dominantes, mas para isso os fundadores irão recorrer a práticas religiosas de significação ancestral¹⁶³.

Esse duplo caminho, a busca de legitimação perante os saberes elitistas, ao mesmo tempo em que buscou conteúdos nas regiões mais profundas do imaginário coletivo religioso e em crenças milenares, fez com que a Umbanda reconhecesse a ascensão da medicina científica e a decadência das práticas terapêuticas populares. Houve uma nova delimitação do território dos procedimentos mágicos tradicionais, passando a operar inteiramente no domínio do simbólico¹⁶⁴.

A Umbanda preconiza uma ética cristã, ao mesmo tempo em que conta com um panteão de entidades africanas e ameríndias; valoriza o semelhante por meio da caridade, mas tem conteúdos esotéricos; e uma concepção kardecista que reconhece o atendimento religioso destinado a uma “clientela”. No trato com o público, a Umbanda volta-se para a solução de problemas particulares, determinados e imediatos¹⁶⁵.

Como mencionado acima, o sincretismo religioso brasileiro costuma combinar um pluralismo religioso dentro do mesmo indivíduo, de modo que um praticante da

¹⁶¹ BROWN, Diana. Uma História da Umbanda no Rio. In: **Cadernos do ISER. Umbanda e política**. Rio de Janeiro: ISER e Marco Zero, n. 18, jul. 1985, p. 12.

¹⁶² BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 218.

¹⁶³ Idem, p. 219.

¹⁶⁴ Idem, ibidem.

¹⁶⁵ Idem, p. 220.

Umbanda pode ser, ao mesmo tempo, um católico praticante, pois a correspondência de entidades espirituais da Umbanda e os santos católicos permite que a participação em rituais se sobreponha a eventuais contradições doutrinárias. Segundo Gilberto Velho, as entidades, nas religiões de transe, funcionam como mediadores no processo de individualização e desindividualização que ocorre quando as entidades da Umbanda ora representam valores abstratos como a coragem ou sabedoria, ora representam indivíduos específicos e concretos¹⁶⁶.

Por último, é importante ressaltar que embora a Umbanda tenha sido criada por intelectuais de classe média, as camadas mais pobres tomaram o comando da espiritualidade umbandista, tanto na liderança formal como nas elaborações doutrinárias. Desta forma, ocorre uma inversão simbólica, como resalta Bittencourt, pois no domínio religioso é devolvida às pessoas comuns (aprisionadas pelas elites) as virtudes e os poderes espirituais, porquanto os personagens historicamente marginalizados como ciganos e caboclos são transformados nos terreiros populares em heróis com força espiritual capaz de socorrer aqueles que hoje sofrem as mesmas vicissitudes que as entidades invocadas¹⁶⁷.

¹⁶⁶ VELHO, Gilberto. **Projeto e Metamorfose: antropologia das sociedades complexas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 61.

¹⁶⁷ BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 221.

3 TOLERÂNCIA RELIGIOSA

Definido o que é religião e traçado o panorama geral da religiosidade no Brasil, bem como após uma análise histórica da religiosidade no Brasil, passa-se a tratar dos temas da tolerância religiosa e laicidade do Estado. Para fazê-lo, deve-se inicialmente falar dos diversos modelos apresentados pela doutrina e que puderam ser observados na História de relações entre Igreja e Estado.

De acordo com o modelo da confusão, o Estado é considerado teocrático, pois ele se confunde com determinada religião. Tem-se como exemplo deste tipo de Estado o do Vaticano e Estados islâmicos¹⁶⁸. Desta forma, a autoridade política identifica-se com a autoridade religiosa¹⁶⁹. Manoel Gonçalves Ferreira Filho chama este modelo de identificação, pois o Estado resume-se a uma religião, com seus cultos e sacerdotes¹⁷⁰. Neste modelo não existe dualidade envolvendo a Igreja e o Estado, a vida da cidade é uma vida religiosa¹⁷¹.

Havendo confusão entre Estado e Igreja, fala-se em um Estado confessional em que inclusive os bens do Estado e da Igreja se confundem. A soberania política do Estado seria tão vasta que não poderia encontrar limites no poder religioso, que passa a ser entendido como parte integrante da soberania territorial. Por uma doutrina episcopalista católica, esta concepção prega que as autoridades públicas cristãs seriam legitimadas a pregar a verdadeira fé.¹⁷² Assim, os poderes políticos detinham funções de defesa, reforma, direção e fiscalização da Igreja. A confusão entre os poderes religiosos e políticos seria tão grande que chegou-se a denominar tal doutrina de absolutismo confessional¹⁷³.

Na confusão entre Estado e Igreja, não se pode separar um do outro, não sendo possível vislumbrar qualquer diferença entre eles. Diferente desta unidade é a

¹⁶⁸ SILVA, op. cit., p. 250.

¹⁶⁹ COLLIARD, 1979, p. 331.

¹⁷⁰ FERREIRA FILHO, 2002, p. 81-89.

¹⁷¹ RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 525.

¹⁷² SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 40

¹⁷³ MACHADO, 1996, op. cit. p. 61-65.

possibilidade de subordinação do Estado à Igreja, ou o contrário¹⁷⁴. Havendo predominância do Estado sobre a Igreja, o regime é chamado de cesaro-papismo. Ocorrendo predominância da Igreja sobre o Estado, denomina-se regime teocrático¹⁷⁵. Estes modelos, teocráticos ou cesaropapistas

(...) assentavam-se na ideia de sociedade hierarquizada em que as questões de consciência e de fé eram resolvidas por manifestações do poder político-religioso centralizadas e unilaterais. (...) Por um lado, a Igreja enfatiza os direitos da verdade tal como ela própria a compreende, juntamente com o dever estadual da sua proteção e promoção. Por outro lado, o príncipe estendia à Igreja os princípios teóricos-políticos da soberania e da territorialidade, alargando automaticamente aos seus súditos a sua própria religião. Em qualquer dos casos, verificava-se uma total obliteração das prerrogativas mais elementares da personalidade.¹⁷⁶

Pelo sistema da união, existem relações jurídicas entre o Estado e certa Igreja, principalmente no que diz respeito à sua organização e funcionamento. Este foi o sistema adotado pela Constituição do Império de 1824¹⁷⁷. O sistema da união é menos radical que o sistema da confusão. Neste modelo, há as chamadas Igrejas reconhecidas pelo Estado, podendo haver dentre elas uma a que o Estado confirma maior proeminência, sendo assim compreendida como a religião oficial do Estado¹⁷⁸. Existe nesta situação uma aliança entre Estado e Igreja, mas os fenômenos político e religioso não se confundem, apesar de relacionados. A Igreja abençoa o Estado e este a protege, até mesmo com força policial¹⁷⁹. O Estado passa a dar seu apoio e a declarar sua fé em uma religião determinada, reservando aos seus representantes uma parcela de autoridade que poderá ser objeto de profundos conflitos, já que o Estado poderá negar ou reconhecer privilégios a uma religião, o que gera a possibilidade de discriminação entre os direitos dos fiéis de religiões não reconhecidas¹⁸⁰.

Portanto, durante o Império, o Brasil era um Estado confessional, pois a religião apostólica romana era a religião oficial do Império, sendo as demais apenas toleradas.

¹⁷⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 77.

¹⁷⁵ LANARES, op. cit., p. 202.

¹⁷⁶ MACHADO, op. cit., p. 305.

¹⁷⁷ SILVA, op. cit., p. 250.

¹⁷⁸ ROBERT, op. cit., p. 509.

¹⁷⁹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 81-89.

¹⁸⁰ LANARES, op. cit., p. 202-203.

Nestes modelos em que há uma confusão ou subordinação da Igreja com o Estado costuma-se verificar a origem da intolerância religiosa, como se procurou demonstrar no primeiro capítulo, em que se tratou da história do Brasil e a atuação da Inquisição. Entretanto, segundo Aldir Guedes Soriano, o reconhecimento de uma religião oficial pelo Estado é mais receptivo à existência da tolerância religiosa do que o regime teocrático, o qual não se baseia no reconhecimento da liberdade religiosa¹⁸¹.

Segundo Seferjan, não há impossibilidade teórica de que seja garantida a liberdade religiosa em um Estado que reconheça uma religião como oficial, bastando para isso que o Estado tolere as demais religiões sem embaraçar-lhes o funcionamento¹⁸². A própria autora, contudo, reconhece que o reconhecimento de uma religião pelo Estado propicia o surgimento de movimentos persecutórios contra as demais religiões que não ostentam o apoio estatal. A mesma autora cita a Constituição Espanhola, que trata igualmente todas as religiões, mas expressa menção à Igreja Católica e afirma que há uma maior proteção do Estado a tal religião sem que possa inferir que a Espanha desrespeite a liberdade e tolerância religiosas.

É possível haver um Estado confessional com liberdade religiosa plena, como é o caso dos Estados nórdicos europeus, como um Estado não confessional hostil ao fato religioso, levando a uma extrema precariedade da liberdade religiosa, como foi o caso da Segunda República espanhola¹⁸³.

Tratando-se ainda de modelos de separação entre Estado e Igreja, é necessário fazer referência às Constituições da antiga União Soviética, que mencionavam expressamente o ateísmo e hostilizavam a existência de religiões¹⁸⁴. Por fim, temos a separação entre Estado e Igreja, o chamado Estado laico, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, que por isso merecerá um tópico próprio.

¹⁸¹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 79-80.

¹⁸² SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 42.

¹⁸³ SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas**. Madrid: Tecnos, 1990, p. 84.

¹⁸⁴ SEFERJAN, op. cit., p. 43.

3.1 ESTADO LAICO

A ideia de separação entre Estado e Igreja surgiu com a quebra da unidade politico-religiosa da cristandade e com as guerras religiosas. O surgimento de novas religiões fez com que começassem a serem pensados documentos que assegurassem a coexistência entre as religiões para evitar conflitos. São os expoentes desta concepção a Paz de Augusta (1555) e a Paz de Westfália (1648) que antes de pretender separar a Igreja do Estado, pretenderam garantir um ambiente de tolerância e paridade entre as religiões. Sobre a Paz de Westfália, Lewandowski afirma que este é o antecedente mais remoto da proteção internacional de direitos humanos¹⁸⁵. Ainda segundo Lewandowski, a partir deste momento tornou-se regra incluir nos tratados de paz, celebrados entre beligerantes de credos antagônicos, cláusulas que garantissem a liberdade de culto das minorias religiosas existentes nos territórios dominados. Nesse sentido, o autor cita o Tratado de Kainardi de 1774, celebrado entre Rússia e Turquia; o Tratado de Viena de 1815, que objetivava restaurar o equilíbrio político europeu pós Napoleão Bonaparte; e o Congresso de Berlim de 1878, que condicionou o reconhecimento da independência dos Estados Balcânicos, recém libertados do jugo da Turquia, ao respeito da liberdade religiosa dos seus súditos.

Foram as minorias religiosas as responsáveis pelos maiores avanços na luta pela liberdade religiosa. Grupos religiosos que remontam à época da Reforma, tais como os Anabatistas, os Batistas e os Quackers foram bastante importantes no reconhecimento de uma nova concepção sobre a religião¹⁸⁶. Segundo Tatiana Robles Seferjan, muito da concepção que hoje se tem de separação entre Igreja e Estado advém da Revolução Francesa de 1789, embora não tenha tratado especificamente da laicidade, mas deixou um legado em matéria de direitos humanos que levou à teoria hoje conhecida¹⁸⁷. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho considera a

¹⁸⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 76.

¹⁸⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra. n. 72, 1996, p. 213-215.

¹⁸⁷ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, passim.

evolução da concepção de laicidade inserida na própria origem da consolidação dos direitos fundamentais:

A quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à “verdadeira fé”. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais¹⁸⁸.

Pelo modelo da separação entre Estado e Igreja, o Estado toma uma posição de indiferença com relação às religiões, deixando tanto de favorecê-las quanto de contrariá-las¹⁸⁹. O Estado, assim, assegura a liberdade de culto, mas recusa a intervenção em qualquer tipo de igreja. Há uma independência do domínio da religião e do Estado, de modo que um não pode interferir no domínio do outro. Segundo Daniel Sarmiento, a laicidade não significa que o Estado deve ser refratário à religiosidade, mas apenas que se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade¹⁹⁰. Esta concepção implica o reconhecimento de que alcançar a plena laicidade do Estado requer amadurecimento democrático e cultural, consolidando-se como um processo de construção histórica e permanente. Nessa esteira, afirma Roberto Blancarte:

A laicidade – como a democracia – é mais um processo do que uma forma fixa ou acabada em forma definitiva. Da mesma maneira que não se pode afirmar a existência de uma sociedade absolutamente democrática, tampouco existe um sistema político que seja total e definitivamente laico¹⁹¹.

O autor reforça que Robert entende alguns elementos como fundamentais na caracterização de um Estado laico¹⁹². Em primeiro lugar, há o não reconhecimento de culto. Tal vedação significa que o Estado não pode reconhecer oficialmente um culto, o

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 383.

¹⁸⁹ COLLIARD, op. cit., p. 331.

¹⁹⁰ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 191.

¹⁹¹ BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 191.

¹⁹² ROBERT, Jacques. **Droits de l’homme et libertés fondamentales**. 5 ed. Paris: Montcherstein, 1993, p. 514-517.

que não significa dizer que o Estado deva ignorar a existência de religiões. Apenas significa que o sistema de religiões reconhecidas foi abandonado.

Em segundo lugar, há a não subvenção das religiões pelo Estado, que significa principalmente a supressão do serviço público da Igreja, ou seja, serviços que competem ao Estado serem prestados exclusivamente pela Igreja. Admite-se, contudo, a possibilidade de o Estado subvencionar as atividades que apresentam um caráter geral e que sejam exercidas sobre uma estrutura confessional; a contratação direta pelas coletividades públicas de certos serviços religiosos; a remuneração de ministros de culto quando prestem serviços às pessoas públicas.

Segundo Colliard, a verdadeira proibição seria à subvenção direta inscrita em um orçamento para beneficiar uma Igreja ou seus membros. Seria preciso ter bastante cautela para que a existência do Estado laico não significasse um embaraço à liberdade religiosa¹⁹³. Aqui volta-se à ideia de que a laicidade pode, ao invés de garantir plena garantia à liberdade religiosa, resultar num tratamento hostil às religiões, que acabarão sendo vistas como algo proscrito pelo Estado. Robert subdivide a teoria da separação em dois modelos possíveis. Em um o Estado leva em consideração os fatos religiosos e a existência das religiões, no entanto não se intromete em seus negócios. Há, assim, uma adaptação do Estado em função da realidade. No segundo subsistema, o Estado além de não se imiscuir nos assuntos das igrejas e religiões, age de modo a ignorar total e deliberadamente o fato religioso¹⁹⁴. Segundo Fabio Portela Lopes de Almeida, a laicidade “é uma garantia de que deveres jurídicos não serão impostos aos cidadãos com base em premissas aceitáveis apenas aos membros de uma religião específica”. O princípio da laicidade exigiria que as ações políticas sejam “justificadas a partir de argumentos fundados em princípios de justiça aceitáveis por todos”¹⁹⁵.

Na ideia de separação há, por um lado, a necessidade de as religiões não estarem submetidas à tutela estatal e, por outro, a vontade de o Estado e de os indivíduos não estarem sujeitos à pressão religiosa¹⁹⁶. Deste binômio, surgem os

¹⁹³ COLLIARD, Claude Albert. **Libertés publiques**. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1979, p. 344.

¹⁹⁴ COLLIARD, op. cit., p. 509.

¹⁹⁵ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. **Liberalismo político, Constitucionalismo e Democracia. A questão do ensino religioso nas escolas públicas**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 83.

¹⁹⁶ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 46.

seguintes preceitos: o indivíduo não deve prestar contas de sua crença ao Estado; o Estatuto da Igreja se assemelha a de sociedades de direito privado; a Igreja pode se administrar pelo direito comum; a Igreja é responsável por seus fiéis e as relações entre Estado e Igreja reduzem-se a menor possível¹⁹⁷. Desta forma, deixa de existir um estatuto privilegiado de cultos reconhecidos, não podendo haver órgãos públicos que assegurem o exercício efetivo dos cultos, os ministros de cultos não são agentes públicos e não há destinação de dinheiro público às confissões religiosas. Se a Igreja perde privilégios, ganha em liberdade de organização, pois o Estado não pode mais se imiscuir em seus assuntos. Os únicos limites que permanecem à liberdade de culto são aqueles impostos a todos, ou seja, o respeito à ordem pública¹⁹⁸. Fabio Portela Lopes de Almeida considera que a separação entre Igreja e Estado se justifica justamente porque veda a intervenção do Estado nas atividades religiosas. Nas palavras do autor:

Se as igrejas estivessem intrinsecamente ligadas ao poder público, provavelmente deveriam ter que se submeter a um regime de direito público que imporá restrições à própria forma de organização das várias religiões, por exemplo, para obrigá-las a respeitar procedimentos públicos de indicação de seus membros a partir de critérios compatíveis com o regime democrático de direito¹⁹⁹.

Da separação entre Estado e Igreja decorrem alguns princípios que a fundamentam, tais como a indiferença ou neutralidade confessional do Estado e a liberdade de organização e independência das igrejas e confissões religiosas²⁰⁰. A indiferença ou neutralidade confessional do Estado impede que haja qualquer ingerência qualquer ingerência religiosa no Estado ou nos poderes públicos. Dessa maneira, as autoridades públicas não podem desempenhar funções religiosas, tornando-se ilegítima a realização de cerimônias religiosas oficiais. Ainda de acordo com Canotilho e Vital Moreira, a neutralidade estatal impede que haja qualquer relação entre atos, funções e locais estatais e símbolos e ritos religiosos.

O segundo princípio seria o da não ingerência do Estado na organização das igrejas e no exercício de suas funções e do culto. A regra é a não intervenção do Estado na organização das Igrejas, mas poderá o Estado intervir nestas áreas através

¹⁹⁷ LANARES, op. cit., p. 203-4.

¹⁹⁸ RIVERO; MOUTOUH, op. cit., p. 541-2.

¹⁹⁹ ALMEIDA, op. cit., p. 84.

²⁰⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 244.

da regulamentação normativa da liberdade de organização e associação privada e o direito de reunião e de manifestação.

No princípio da separação entre Estado e Igreja, a exemplo do que ocorre com as liberdades públicas, reconhece-se um aspecto negativo e um positivo²⁰¹. O aspecto negativo da religião prega uma separação completa entre o Estado e a questão religiosa. O fato religioso passa a ser totalmente estranho ao Estado, tornado-se um assunto puramente privado. A questão religiosa torna-se o exercício de uma liberdade reconhecida aos cidadãos.

Tal aspecto negativo começa a perder sua razão de ser, já que o Estado mantém relações com os demais assuntos privados (manifestações culturais, sociais, econômicas), com exceção dos assuntos religiosos²⁰². Começa a surgir, portanto, o aspecto positivo da laicidade, em que o Estado não apenas respeita a liberdade religiosa, mas assume o compromisso de garantir sua obediência²⁰³.

A proibição do Estado em intervir nas religiões não significa que as autoridades devam ficar ausentes ante o comportamento dos cultos. Pelo contrário, elas devem agir para impedir que haja desrespeito à lei e a garantia do interesse público poderá justificar uma intervenção estatal no fenômeno religioso, desde que haja proporcionalidade na medida. A necessidade de garantir o respeito aos direitos fundamentais pode vir a justificar uma intervenção estatal, que deverá, contudo, ter um caráter pontual, em atos determinados, devendo respeitar os direitos dos grupos religiosos²⁰⁴. Para o Estado não importa a qualificação de um grupo religioso, se tradicional ou seita recém formada, o que importa é as consequências dos atos religiosos que acabem ferindo direitos alheios a justificar a tutela estatal.

A depender do ato praticado pelos grupos religiosos, a intervenção estatal pode recair inclusive sobre atos de crença que sistematicamente violem a lei²⁰⁵. A partir do momento em que a liberdade religiosa começou a ser reconhecida como parte do princípio da separação entre Estado e Igreja, deixou-se de esperar que o Estado

²⁰¹ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 48.

²⁰² BELLANGER, op. cit., p. 33.

²⁰³ RIVERO; MOUTOUH, op. cit., 2006, passim.

²⁰⁴ SEFERJAN, idem, ibidem.

²⁰⁵ BELLANGER, op. cit., p. 33-6.

tivesse uma neutralidade axiológica pura. Para Jónatas Machado “os poderes públicos estão vinculados, designadamente, aos valores fundamentais, constitucionalmente consagrados, da dignidade da pessoa humana e do tratamento de todos os cidadãos como livres e iguais, membros de pleno direito da comunidade política”²⁰⁶.

A neutralidade do Estado não implica que o fenómeno religioso deva ser hostilizado pelo poder público. A neutralidade tem como finalidade evitar a coerção e a discriminação em âmbito religioso, garantido a liberdade e a igualdade jurídica entre todos os cidadãos²⁰⁷. A laicidade enquanto neutralidade absoluta representa uma ilusão de que a autoridade administrativa, o juiz ou o legislador terão somente uma atividade de abstenção. Contudo, a religião é um fato social e o Estado, enquanto instrumento regulador da vida social, não pode deixar de se relacionar com o fato social²⁰⁸.

A ideia de que a laicidade do Estado pode admitir algumas restrições para que seja garantida a liberdade religiosa confere ao Estado além de um comportamento negativo quanto às religiões, também um comportamento positivo. A conduta negativa diz respeito à já citada proibição de subvencionar uma religião ou adotar uma religião oficial. Quanto às atitudes positivas do Estado podem ser apontadas, dentre outras: a tipificação de atos que agridam uma religião como crime; a assistência religiosa; o ensino religioso em escolas públicas. Nestes casos, o Estado funciona apenas como regulador do exercício da liberdade religiosa e sua atividade é feita sem qualquer ônus para os cofres públicos²⁰⁹. Deve-se ressaltar ainda que a ausência de caráter estatal dos cultos não impede que o Estado mantenha relações de cortesia com seus representantes, como com as outras autoridades privadas.

Como visto no primeiro capítulo, o Brasil sempre esteve acostumado a lidar com grande sincretismo religioso. Contudo, o surgimento de novas religiões em Estados que, tradicionalmente, estavam acostumados a conviver com apenas uma religião causou novos desafios ao papel laico do Estado. Exemplo clássico é o surgimento do islamismo na França. Segundo Seferjan, a integração dos praticantes do Islã na

²⁰⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 228.

²⁰⁷ MACHADO, idem, p. 231.

²⁰⁸ PIERRE CAPS, op. cit., p. 1091.

²⁰⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do parágrafo 1º do art. 210 da CF. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 5, n. 20, p. 19-47, jul/set., 1997.

sociedade francesa somente será possível a partir do momento em que o Estado tiver a mesma tolerância que apresenta para as demais religiões com a religião islâmica. Obviamente que o Islã é beneficiado por algumas liberdades essenciais na França, como liberdade de associação, direitos aos feriados tradicionais, mas ainda o Estado francês não consegue lidar com os novos desafios que surgem com a nova religião na sociedade²¹⁰.

Segundo François Bellanger, nos países em que há uma ou no máximo duas religiões que congregam a maioria da população dificilmente haverá conflitos religiosos. Entretanto, nos lugares em que as religiões tradicionais perderam lugar, o sistema passa a apresentar complicações²¹¹. O Estado tem dois caminhos para enfrentar novos movimentos religiosos. O primeiro seria reconhecer as novas religiões ao lado das tradicionais, para lhes conferir um estatuto particular. Segundo Bellanger, este modelo não é aconselhável, pois o Estado não pode reconhecer uma religião em detrimento da outra, eis que não tem padrões adequados para realizar tal distinção. O segundo caminho é entender que o campo religioso é um campo liberado em que o Estado não reconhece nem apoia qualquer religião. A atividade estatal apenas cuida para que não sejam feridos direitos dos cidadãos.

No tratamento de novas religiões, é importante ter em mente que o princípio democrático exige que não apenas seja respeitada a vontade da maioria, mas também garantir os direitos das minorias frente à opinião majoritária discordante. Além disso, no preâmbulo da Constituição de 1988 está escrito que a existência de uma sociedade pluralista é a finalidade do Estado Democrático de Direito. O artigo 1º, V, da Constituição erige como fundamento da República Federativa do Brasil o “pluralismo político”.

Manoel Jorge e Silva Neto conceitua pluralismo político como o “fundamento do Estado brasileiro que assegura a existência de centros coletivos dotados de multiplicidade ideológica que, rivalizando-se entre si, tentam interferir ou interferem na formação da vontade do Estado”²¹². Segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e

²¹⁰ RIVERO; MOUTOUH, op. cit., p. 533.

²¹¹ BELLANGER, op. cit., p. 38-9.

²¹² SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 117.

Paulo Branco, o pluralismo político “é um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural”²¹³. O Estado tem valores fundamentais cujo descumprimento não pode ser aceito. O pluralismo consagrado na Constituição é protetor das minorias. Estando os direitos das minorias de acordo com os valores constitucionais devem eles ser igualmente, ou talvez mais intensamente, protegidos inclusive contra opressões da maioria.

Assim, o intérprete de caso que envolva liberdade religiosa deve levar em consideração que a liberdade de ser diferente, por si só, é princípio consagrado na Constituição Federal. No dizer da Tatiana Robles Seferjan, “Defender valores que a maioria dos cidadãos acredita não representa desafio a um Estado. Por outro lado, a defesa igualitária de valores não compartilhados pela maioria dos indivíduos testa a verdadeira vocação democrática de respeito aos direitos fundamentais do Estado”.²¹⁴

3.1.1 Modelo norte-americano de laicidade

Nos Estados Unidos, a liberdade religiosa vem prevista na Primeira Emenda à Constituição americana. A cláusula que prevê a separação entre Estado e Igreja, conhecida como *establishment clause*, impõe a limitação do poder estatal para permitir o desenvolvimento de movimentos religiosos. Por uma interpretação histórica, a cláusula de separação proíbe que seja criada uma Igreja Nacional, isto é, uma religião com apoio estatal que seria hierarquicamente superior às demais. Por outro lado, adotando-se uma interpretação restritiva, poder-se-ia pensar na possibilidade de o

²¹³ BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

²¹⁴ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 52.

Estado praticar qualquer ato religioso, desde que os cidadãos pudessem se escusar de sua prática²¹⁵.

O primeiro desafio enfrentado pelo constitucionalismo foi inserir no quadro da separação a maior importância que passou a ser dada ao direito à liberdade religiosa. A partir de então a preocupação era proteger a liberdade religiosa das restrições impostas pelo Estado²¹⁶. A Suprema Corte norte-americana apresentou primeiramente uma interpretação bastante estreita da cláusula de separação entre Estado e religião, chegando inclusive a usar a metáfora de que existiria um muro entre o Estado e a Igreja. Em *Lemon v. Kutzman*, a Corte entendeu que qualquer intervenção estatal seria indevida se não tivesse nenhum motivo ou propósito secular. Se tivesse como efeito principal a promoção de uma religião em geral ou de alguma crença em particular ou se implicasse uma relação excessiva entre instituições e atividades religiosas do Estado, a intervenção seria indevida²¹⁷. Afirma Jónatas Machado:

De acordo com os critérios propostos, um ato dos poderes públicos não será inconstitucional pelo simples fato de prestar alguma auxílio à religião. A inconstitucionalidade só se verificará, em princípio, 1) se o ato não tiver um propósito secular, 2) se o seu efeito primário for a promoção ou a inibição da religião, ou 3) se provocar um envolvimento excessivo entre os poderes públicos e a religião²¹⁸.

A ideia de separação foi aplicada com bastante frequência e rigor no ambiente escolar. Algumas aberturas à separação foram admitidas, tais como a concessão de benefícios governamentais (gratuidade de transporte público, empréstimo de livros laicos a escolas religiosas) e o respeito a dias religiosos e eventos cerimoniais de tradição e origem históricas. Outra exceção à separação é a norma compensatória do livre exercício. A separação entre Estado e Igreja não é violada se o Estado der tratamento preferencial a um grupo ou instituição religiosos, por estar obrigado por outro mandamento constitucional independente e de igual importância. É o caso em que o livre exercício da religião de um indivíduo choca-se com a liberdade de outro.

²¹⁵ BROWNSTEIN, Alan. La protección otorgada por la Constitución de los Estados Unidos a las creencias religiosas y a los grupos religiosos. In: **Revista de la Facultad de Derecho de México**. v. 41, n. 178-179-180, 1991, p. 15-7, p. 15-17.

²¹⁶ MACHADO, op. cit., p. 311-313.

²¹⁷ BROWNSTEIN, op. cit., p. 17.

²¹⁸ MACHADO, op. cit., p. 315.

Como somente um irá prevalecer, poder-se-ia dizer uma religião foi beneficiada pelo Estado, quando na verdade houve apenas a soluço de um conflito de direitos²¹⁹.

Um caso de extrema importância para a definio dos limites da laicidade nos EUA foi caso *Smith* em que a Suprema Corte escolheu deixar a regulamento da religião para o processo político, dando enormes vantagens às religiões tradicionais que teriam mais chances de ter suas crenças e tradies contempladas em leis. A Corte rejeitou a alegao na parte de que o uso da maconha poderia ser admitida excepcionalmente por motivos religiosos e afirmou que o Estado não tem nenhum dever de escusar pessoas cuja religião seja substancialmente oprimida pelo resultado de uma lei de aplicao geral e neutra. Justice Scalia colocou que se a lei dotada de generalidade e neutralidade não for aplicada igualmente para todos, haverá algo reconhecidamente superior  lei, tal como a fé religiosa, algo que uma Nao fundada no Estado de Direito não pode aceitar²²⁰.

O desfavorecimento de confissões religiosas torna-se inevitável num Estado de Direito, uma vez que o papel das religiões fica dependente do processo político democrtico²²¹. O caso *Smith* fez com que a liberdade religiosa deixasse de ser uma liberdade substancial para se tornar um direito comparativo, em que o tratamento requerido constitucionalmente das práticas religiosas depende do tratamento dado às práticas seculares²²². Após *Smith*, qualquer pessoa que tenha sua liberdade religiosa ferida por uma lei geral e neutra não tem nenhum recurso a não ser confiar no processo policial ou procurar uma exceo na legislao de cada estado. A regra do caso *Smith* fará com que as religiões menores sejam mais agredidas que as majoritárias, afinal estas tero mais poder para fazer com que leis benéficas sejam aprovadas nos Estados.

Depois de *Smith*, ganha relevância a decisão em *Wisconsin v. Yoder*, em que a Suprema Corte decidiu que pais Amish não poderiam ser obrigados a mandar seus filhos para a escola até o 8 grau em escolas públicas, pois isso feriria o livre exercício

²¹⁹ BROWNSTEIN, op. cit., p. 18-21.

²²⁰ LAYCOCK, Douglas. Theology scholarships, the pledge of allegiance and religious liberty: avoiding the extremes but missing the liberty. In: **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 118, n. 1, 2004, p. 202.

²²¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 313.

²²² LAYCOCK, op. cit., p. 202.

de culto deles. Justice Scalia entendeu que, neste caso e em outros em que a Corte se manifestou, deveriam ser concedidas exceções em relação a leis de caráter geral e neutro, pois se tratariam de situações híbridas. A Corte, contudo, não consegue demonstrar qual a diferença entre o caso *Yoder* e o caso *Smith*, já que neste não permite nenhum tipo de exceção a leis gerais. Parece que a Corte se recusou a dar uma definição precisa do que seria o conceito de neutralidade²²³.

Douglas Laycock²²⁴ cita mais alguns casos que definiram o posicionamento da Corte sobre a separação do Estado e da Igreja. Em *Church of the Lukumi Babalu Aye Inc. v. City of Hialeah*, discutiu-se a existência de leis locais que proibiam o sacrifício de animais, definindo morte, tortura, mutilação desnecessários de um animal em ritual ou cerimônia público ou privado que não destinado à alimentação. A prefeitura argumentava que era um banimento geral. A igreja argumentava que era um banimento para matar animais por razões religiosas, criada minuciosamente para não proibir a morte de animais por razões seculares. A Corte unanimemente concordou com a Igreja. Jayme Weingartner Neto explica que a lei municipal se destinava a excluir a seita religiosa de negros cubanos da cidade, a chamada “Santería”. A legislação municipal excetuava virtualmente todas as formas de sacrifício animal, exceto aquelas utilizadas pela religião em tela²²⁵. Segundo Laycock, a exigência de neutralidade estatal proíbe qualquer ação oficial que mire a conduta religiosa para um tratamento distinto ou leis cujo objeto seja suprimir a prática religiosa. Prossegue o autor sustentando que *Smith* tratava de exceções individualizadas, ao passo que *Lukumi* também confiou nas exceções genéricas. A Corte entendeu que a lei não era de aplicabilidade geral, pois excepcionava categorias inteiras. Toda lei tem uma categoria como objeto, mas quando a lei é destinada a criar uma discriminação religiosa, ela não pode ser considerada de aplicabilidade geral.

Outro caso importante apreciado pela Suprema Corte norte-americana diz respeito à objeção de consciência. Embora não possa o Estado decidir pela falsidade ou verdade de determinadas crenças no sobrenatural, a ponto de fixar um conceito

²²³ NEUTRAL rules of general applicability: incidental burdens on religion, speech and property. Harvard Law Review, Cambridge, v. 115, n. 06, apr. 2002, p. 1723-4.

²²⁴ LAYCOCK, op. cit., p. 206-220.

²²⁵ LAYCOCK, op. cit., p. 288.

restrito de religião, sob pena de infringir o princípio da neutralidade estatal, no caso *United States v. Seeger*, a Corte decidiu ser possível aferir a sinceridade de quem alega objeção de consciência. No caso, discutiu-se a possibilidade de alguém, que não acredita na existência de um “deus ortodoxo” (conforme as religiões tradicionais), alegar a objeção de consciência e livrar-se do ônus da prestação do serviço militar. A sinceridade do objetor, assim, foi considerada suficiente, independentemente da religião ser ligada a um “Ser Supremo”. Nas palavras do Justice Clark

Em resumo, Seeger professa “crença religiosa” e “fé religiosa”. Ele não repudiou qualquer crença em uma relação com um Ser Supremo, na verdade, ele afirmou que “a ordem cósmica faz, talvez, sugerir uma inteligência criativa”; ele lamentou o enorme preço espiritual que o homem deve pagar pela sua vontade de destruir a vida humana. À luz de suas crenças e da sinceridade inquestionável com a qual ele as mantinha, nós pensamos que o Conselho, se tivesse aplicado o teste que hoje propomos, teria lhe concedido a isenção. Nós pensamos que é evidente que as crenças que levaram a sua objeção ocupam o mesmo lugar em sua vida que a crença em divindade tradicional ocupa na vida de seus amigos, os Quakers²²⁶.

Deste julgamento se conclui que a Corte se recusa ao exame da questão religiosa, mas não se furta ao exame da sinceridade e da boa-fé de que opõe a sua liberdade religiosa. Thiago Teraoka também traz exemplos de julgados do Tribunal Constitucional de Portugal e da Argentina em que a questão da sinceridade religiosa é avaliada em procedimento administrativo de modo a averiguar se a obrigação de se armar produz um sério conflito com suas crenças religiosas ou éticas contrárias a todo enfrentamento armado²²⁷.

²²⁶ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 47.

²²⁷ TERAOKA, op. cit., p. 46.

3.1.2 Laicidade na Constituição de 1988

O artigo 19, em seu inciso I, prevê ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “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”.

Pela proibição de estabelecer cultos religiosos, a interpretação deve ser num sentido amplo, de modo a se entender que o Estado não pode criar religiões ou seitas, nem fazer propaganda de caráter religioso. A vedação de subvencionar refere-se à impossibilidade de o Estado concorrer com dinheiro ou quaisquer outros bens para o exercício da atividade religiosa. Não pode o Estado embaraçar o exercício das religiões, no sentido de que não podem ser criadas dificuldades para limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos ou manifestações religiosos. Por fim, há a ressalva feita na colaboração de interesse público. Entende a doutrina que tal colaboração deverá ser geral, para que não haja qualquer tipo de discriminação entre as religiões. Um exemplo dessa colaboração é a destinação de recursos públicos a escolas confessionais²²⁸.

As disposições do artigo 19 correspondem às chamadas vedações de natureza federativa, sendo que o inciso I impõe proibições aos entes federativos no seu relacionamento com as Igrejas, que são responsáveis pelo estabelecimento do Estado laico. A grande exceção das proibições do artigo 19, I, refere-se à colaboração de interesse público. Tendo a relação entre o Estado e a Igreja caráter de colaboração de interesse público, a aliança será permitida principalmente se envolver o setor educacional, assistencial e hospitalar. Essa aliança, contudo, deverá ter um caráter social e não religioso²²⁹.

Entende Manoel Gonçalves Ferreira Filho que está presente no Brasil o sistema da separação entre Estado e Igreja, mas tal separação configura-se numa neutralidade

²²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251-2.

²²⁹ CRETELLA JR., José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1179-80.

atenuada, simpática à religião e às igrejas²³⁰. Chega o autor a esta conclusão por diversas disposições da Constituição de 1988, tais como: a) a Constituição não é ateia, pois invoca no preâmbulo o nome de Deus, como vem ocorrendo desde a Constituição de 1934; b) a consagração como absoluta da liberdade de crença (art. 5º, VI); c) separação entre Estado e Igreja (art. 19, I); d) possibilidade de colaboração de interesse público; e) permissão da escusa de consciência (art. 5º, VIII); f) garantia da liberdade de culto (art. 5º, VI); g) proteção na forma da lei aos locais de culto e às suas liturgias; h) favorecimento das Igrejas ao conceder-lhes imunidade tributária.

Essa neutralidade atenuada pode ser observada desde o processo constituinte. Douglas Antônio Rocha Pinheiro enfrenta a questão tendo como mote o art. 46 do Regimento da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que dispunha que “A Bíblia Sagrada deverá ficar sobre a mesa da Assembleia Nacional Constituinte, à disposição de quem dela quiser fazer uso”²³¹. O autor trata do tema em seu trabalho do processo de discussão religiosa no contexto da constituinte, tendo início pela própria discussão e inclusão do mencionado artigo no regimento interno.

A emenda apresentada por Salatiel de Carvalho, deputado membro da Assembleia de Deus, que solicitou a inclusão do artigo no regimento, foi rejeitada pelo relator dos trabalhos, o então senador Fernando Henrique Cardoso, em nome da laicidade do Estado. Ao ser confrontado por outro constituinte, que invocou o precedente da presença do crucifixo no Plenário, e visando à continuidade dos trabalhos, o senador colocou a emenda em pauta para votação – que foi aprovada por unanimidade. Douglas Pinheiro pondera que a aprovação por unanimidade reflete duas possíveis justificativas: o “anseio profundo e indispensável de todos os constituintes” ou “correspondia à pretensão de um grupo específico, que, porém, não encontrava qualquer oposição por parte dos demais em razão da matéria caracterizar-se por uma não-essencialidade”²³².

²³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, Estado e Direito. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v. 3, n. 2, p. 81-89, 2002, p. 81-89.

²³¹ ROCHA PINHEIRO, Douglas Antônio. **Direito, Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 13.

²³² ROCHA PINHEIRO, op. cit., p. 23.

Joana Zylbersztajn, em tese de doutorado sobre o princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988, comenta que dificilmente todos os parlamentares ansiavam por apoio bíblico durante os trabalhos, demonstrado inclusive pela rejeição inicial de colocar o dispositivo em votação, de modo que se conclui que o tema apenas não foi considerado relevante a ponto de integrar a pauta de discussão²³³. Este fato é interessante para ressaltar a influência religiosa no processo constituinte no momento de redemocratização do Brasil. O interesse religioso de um lado, e o suposto entendimento de que aquelas reivindicações seriam de menor importância, delinearam o tom de como este debate seria encarado no Brasil. A permissão da permanência da Bíblia na mesa desprezou seu potencial simbólico e a influência que se permite à religião na instituição – gerando consequências à efetivação da laicidade²³⁴.

A autora prossegue afirmando que durante os trabalhos da constituinte foram admitidos argumentos baseados exclusivamente na religião por parlamentares, embora não seja possível afirmar que esses argumentos tenham sido levados em consideração nas decisões finais. Exemplifica dizendo que em certo momento dos trabalhos houve a proposta de incluir no texto que ninguém seria privilegiado ou prejudicado em função de sua orientação sexual. O texto foi atacado intensamente pela bancada religiosa, com argumentos religiosos, até que fosse retirado de pauta. Embora o discurso seja eminentemente religioso, a bancada argumentava a legitimação de sua posição em nome da democracia. Salatiel de Carvalho afirmou em artigo de jornal que “os evangélicos não querem que os homossexuais tenham igualdade de direitos porque a maioria da sociedade não quer”²³⁵.

Outro ponto destacado por Douglas Pinheiro é a formação de uma bancada evangélica fortalecida no processo constituinte de 1987/1988. A primeira legislatura após a ditadura militar, que atuou de 1983 a 1987, já contava com 11 parlamentares identificados com religiões protestantes, número que subiu para 34 durante a

²³³ ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 27.

²³⁴ ZYLBERSZTAJN, op. cit., p. 28.

²³⁵ PIERUCCI, Antonio Flávio. Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na Constituinte. In: PIERUCCI, Antonio Flávio. PRANDI, Reginaldo. **A Realidade Social das religiões no Brasil: Religião, Sociedade e Política**. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 187.

constituente²³⁶. Esse contexto foi responsável por um acirramento das discussões que envolviam questões religiosas – não só para garantir seus fundamentos no texto constitucional, mas para que parlamentares evangélicos garantissem seu espaço perante a maioria católica. O mesmo autor ressalta que em um primeiro momento os evangélicos pretenderam separar por completo as esferas pública e religiosa a fim de garantir a liberdade de suas confissões, mas acabaram mudando de estratégia.

Em vez de afastar a influência católica, passaram a exigir que a influência evangélica também tivesse o mesmo espaço. Tal situação fortaleceu ainda mais a presença religiosa no debate constituinte e nos diversos fóruns públicos subsequentes. Independentemente deste contexto, Zylbersztajn afirma que a constituição federal de 1988, apelidada de “Constituição cidadã”, seguiu a linha geral das constituições anteriores no que se refere ao relacionamento da religiosidade com o Estado. A neutralidade estatal atenuada em matéria de religião vem simbolicamente afirmada no preâmbulo da Constituição, onde a Assembleia constituinte invoca a proteção de “Deus”, mas Alexandre de Moraes afirma que “o fato de ser uma Federação-leiga não nos confunde com os Estados-ateus, pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus”²³⁷.

²³⁶ ROCHA PINHEIRO, Douglas Antônio. **Direito, Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 56-7.

²³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 299.

4 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE RELIGIOSA

4.1 BREVE SÍNTESE DA TEORIA ADOTADA

Embora o objetivo deste trabalho não seja o de formular uma teoria dogmática e jurídica acerca da liberdade religiosa, inevitável que se trace linhas gerais sobre a teoria dos direitos fundamentais e a liberdade religiosa, tendo em vista o objetivo final de analisar a aplicação jurisprudencial dos crimes de curandeirismo e estelionato quando em confronto com o direito fundamental à liberdade religiosa.

Portanto, antes de conceituar a liberdade religiosa e falar de suas limitações convém delimitar do que tratamos quando mencionamos os direitos fundamentais. Robert Alexy e sua distinção entre princípios e regras tem sido referência frequente em todos os trabalhos de pós-graduação em Direito Constitucional no Brasil. Desta forma, nossa análise partirá da teoria sustentada por ele, embora não sejamos partidários acrílicos de sua teoria quando se refere a direitos sociais. Mas, para tratar de direitos individuais, entendemos que a teoria de Alexy permite uma abordagem bastante elucidativa.

Em conhecida lição, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer”²³⁸. Ruy Barbosa Nogueira possui conceito próprio de princípio, que seria “o conjunto de proposições diretoras, características, às quais todo desenvolvimento seguinte deve estar subordinado”²³⁹. Thiago Teraoka anota que Genaro R. Carrió

²³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-818.

²³⁹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

elencas sete acepções diferentes para o termo princípio, de modo que se trata de termo plurívoco²⁴⁰.

Para Alexy, há uma distinção qualitativa entre princípios e regras. Para ele, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”²⁴¹. Por esse motivo, Alexy afirma que princípios são “mandamentos de otimização”. Por outro lado, “regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não”²⁴². As regras possuem determinações que se encontram dentro do fático e juridicamente possível.

A distinção entre princípios e regras fica mais evidente no caso de colisão de regras e colisão entre princípios. O conflito ocorre quando a aplicação concomitante de duas normas jurídicas produz resultados incompatíveis ou contraditórios. A este fenômeno dá-se o nome de antinomias normativas. No conflito de regras, uma regra deve prevalecer. Reconhece-se que uma das regras excepciona a outra ou declara-se a invalidade de uma das regras por inconstitucionalidade ou ilegalidade, ou reconhece-se que houve revogação de uma das regras²⁴³. Trata-se do problema de validade da norma.

Na colisão entre princípios, a solução é bastante diversa. A prevalência de um princípio no caso concreto não significa a invalidação do outro. Todos os princípios colidentes permanecem válidos e não há relação de precedência absoluta entre princípios. A solução do caso dependerá de uma ponderação dos princípios colidentes, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada. Modificadas as condições fáticas ou jurídicas, a relação de precedência pode ser modificada²⁴⁴. Há uma estreita conexão entre a teoria dos princípios de Alexy e a máxima da proporcionalidade. A restrição à aplicabilidade do princípio (que é um mandado de otimização) somente deve ser realizada se proporcional, considerando os aspectos do caso concreto²⁴⁵.

²⁴⁰ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 28-9.

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

²⁴² ALEXY, op. cit., p. 87.

²⁴³ ALEXY, op. cit., p. 88.

²⁴⁴ ALEXY, op. cit., p. 92.

²⁴⁵ ALEXY, op. cit., p. 111.

A máxima da proporcionalidade pode ser desmembrada em três máximas parciais: a adequação (postulado do meio mais benigno), a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dito). A adequação e a necessidade se referem às possibilidades fáticas. A adequação refere-se à obrigatoriedade de a restrição ao princípio ser adequado a uma finalidade, também garantida pelo ordenamento²⁴⁶. A necessidade impõe a obrigatoriedade de a restrição ao princípio ser realizada pelo meio menos gravoso.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas; pois, para a solução do caso concreto, o intérprete deverá analisar os princípios contrapostos.

Voltando ao conceito de princípio como mandado de otimização, Alexy entende que eles devem ser cumpridos na maior abrangência possível. Em caso de colisão com outro “mandamento de otimização” e se não for possível cumpri-lo, não haverá invalidação e ambos os princípios continuam a coexistir no ordenamento. Pelo seu caráter estrutural, percebe-se que os princípios asseguram direitos “prima facie”, pois não determinam que o direito será assegurado em definitivo. Eles podem vir a ceder em razão do princípio oposto na aplicação ao caso concreto. Assim, existem direitos definitivos e direitos “prima facie”, sendo os definitivos resultantes da interpretação do texto e da ponderação, como produto da aplicação concreta do direito.

Para Alexy, também as regras asseguram somente direitos “prima facie”, eis que podem ser excepcionadas em virtude da argumentação jurídica²⁴⁷. Porém, são razões definitivas, a menos que se haja estabelecido uma exceção. É claro que para isso o intérprete terá de levar em consideração que a regra em questão foi estabelecida pela autoridade legitimamente constituída, segundo critérios predeterminados na regra constitucional. A esses princípios que claramente fortalecem o cumprimento das regras postas pela autoridade competente e dão-lhes caráter quase definitivo, Alexy chama de “princípios formais”²⁴⁸. Desta forma, Alexy reconhece a precedência das regras em

²⁴⁶ ALEXY, op. cit., p. 113-115.

²⁴⁷ ALEXY, op. cit., p. 99.

²⁴⁸ ALEXY, op. cit., p. 100.

relação aos princípios, exceto quando a motivação de decisão diversa (contrariando a regra) decorra do texto da Constituição²⁴⁹.

4.2 RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São chamadas de teorias internas aquelas que entendem que o direito fundamental é limitado por sua natureza. Há limites intrínsecos (internos) aos direitos fundamentais, considerando todas as situações possíveis. Há um conteúdo imutável e irrestingível do direito fundamental. Em outras palavras, não há direitos ilimitados e o que se chama de restrição na verdade trata do próprio limite do direito fundamental. Para as teorias internas não há duas coisas a se considerar, quais sejam, o direito e sua restrição, mas apenas uma: o direito delimitado²⁵⁰. Como seguidor desta corrente podemos apontar na doutrina portuguesa José Carlos Vieira Andrade²⁵¹. Este autor entende que há uma prévia delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental por meio da interpretação das normas constitucionais. Num segundo momento, analisa-se a restrição do conteúdo do direito fundamental por meio do legislador infraconstitucional e por fim há ainda a harmonização dos direitos, liberdades e garantias nos casos de colisão de direitos fundamentais.

Alexy, contudo, adota uma teoria externa. A restrição é externa ao direito fundamental enunciado e há distinção nítida entre os direitos fundamentais (mandamentos de otimização) e suas restrições. Não há um conteúdo do direito previamente limitado. Nos diversos textos legais, os direitos fundamentais são protegidos apenas “prima facie” e não são “direitos definitivos”²⁵². Esta é a posição adotada por este trabalho. Alexy não admite limites internos aos direitos fundamentais, mas sim restrições externas, fundamentadas em regras ou princípios opostos. Assim, os direitos fundamentais são relativos, pois somente podem ser claramente

²⁴⁹ ALEXY, op. cit., p. 135.

²⁵⁰ ALEXY, op. cit., p. 268.

²⁵¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 267-9.

²⁵² ALEXY, op. cit., p. 268-9.

compreendidos em relação ao ordenamento jurídico como um todo, em especial com as disposições jusfundamentais opostas.

A consequência jurídica de uma norma se produz quando se cumprem todas as condições, segundo Alexy²⁵³. Ao considerar o direito fundamental independentemente de sua restrição, aquele passa a ter um “suporte fático amplo”. Considerado “prima facie”, o direito fundamental outorga proteção a todas as situações concretas relacionadas ao direito fundamental²⁵⁴. Essa ideia é coerente com a de “mandamentos de otimização” que, “prima facie” devem ser cumpridos absolutamente. Alexy exemplifica seu pensamento com a liberdade de imprensa, que deve ser interpretada ampliativamente, sem considerações valorativas a respeito da qualidade da publicação ou da divulgação²⁵⁵.

Em oposição às teorias de “suporte fático amplo”, há as teorias de “suporte fático estrito”. Essas teorias excluem do âmbito de proteção da norma situações, supostamente sem a utilização da ponderação. A teoria do “suporte fático estrito” é compatível com a teoria de limitação interna dos direitos fundamentais. Thiago Teraoka ressalta que todos admitem que os direitos fundamentais não são absolutos, se considerados uns em relação aos outros²⁵⁶.

O problema fundamental está em construir limites, quer por limitações internas quer por restrições externas. As teorias internas e de suporte fático estrito admitem limitações internas e apriorísticas independentemente da utilização da ponderação; excluem do âmbito de proteção da norma situações que estão fora dos limites do direito fundamental. As teorias externas e de suporte fático amplo admitem restrições resultadas da ponderação com outros direitos fundamentais ou outros princípios, a depender do caso concreto; admitem como protegidas “prima facie” todas as situações relacionadas ao direito fundamental em questão.

Adotada a teoria externa de Alexy, temos que os direitos fundamentais são protegidos “prima facie” e restringíveis por duas formas: por meio da competência deferida ao legislador; e pelas proibições impostas aos cidadãos, ou que restrinjam

²⁵³ ALEXY, op. cit., p. 298.

²⁵⁴ ALEXY, op. cit., p. 311.

²⁵⁵ ALEXY, op. cit., p. 312.

²⁵⁶ ALEXY, op. cit., p. 33.

competências dos indivíduos. Com relação às regras de competência, elas não estabelecem verdadeiras restrições, mas somente fundamentam a restringibilidade, a possibilidade jurídica de impor restrições²⁵⁷.

As normas que proíbem, obrigam ou restrinjam competência dos indivíduos impõem um “não direito” ou uma “não liberdade”. Essas restrições podem ser instituídas por regras ou princípios colidentes. Todas as restrições aos direitos fundamentais devem estar ancoradas no texto constitucional. Podem ser diretamente constitucionais (estabelecidas pela própria Constituição) ou indiretamente constitucionais (cuja imposição está autorizada pela Constituição)²⁵⁸. Ao se examinar os textos constitucionais, verifica-se que os direitos fundamentais são outorgados sem reserva expressa ou com reserva expressa. Em ambos os casos, admite-se a restrição dos direitos fundamentais²⁵⁹.

Nos direitos fundamentais sem reserva expressa, a inexistência de ponderação poderia levar a uma proteção exacerbada. Considerando que o direito fundamental possui estrutura de princípio, se trata de um mandamento de otimização. Sem a restrição, o direito fundamental estatuído levaria inevitavelmente ao desrespeito a outros direitos fundamentais. A restrição é absolutamente necessária quando todos são igualmente titulares de direitos fundamentais²⁶⁰. Os direitos fundamentais de reserva expressa remetem a uma norma de competência e conferem expressamente ao legislador o poder de restringir. Por outro lado, sem a devida ponderação, as normas de direitos fundamentais com reserva expressa conduziriam a quase inexistência de proteção contra a legislação ordinária. Se o legislador pudesse, validamente, restringir totalmente o alcance do direito fundamental, poder-se-ia concluir que ele não está sujeito a eles²⁶¹.

²⁵⁷ ALEXY, op. cit., p. 275.

²⁵⁸ ALEXY, op. cit., p. 276.

²⁵⁹ ALEXY, op. cit., p. 119-129.

²⁶⁰ Idem, p. 120.

²⁶¹ ALEXY, op. cit., p. 124-5.

4.3 LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na teoria geral adotada por Alexy, percebe-se a aversão a limites intrínsecos a direitos fundamentais. Isto não quer dizer que existem direitos absolutos, mas que eles podem ser restringidos mediante argumentação jurídica consubstanciada na aplicação da máxima da proporcionalidade, na ponderação de outros princípios e regras constitucionais contrapostas. Ao aplicar a teoria ao direito fundamental à liberdade religiosa, percebe-se que este deve ser considerado um “mandamento de otimização” e deve a liberdade religiosa ser protegida de forma mais ampla possível, dentro das condições fáticas e jurídicas.

Diante disso, qualquer definição de liberdade religiosa deve ser aberta, de modo a abarcar o maior número de situações possíveis. Seria contraproducente limitar objetivamente e “a priori” esses direitos fundamentais. Pela teoria de Alexy será melhor considerar tais direitos como “prima facie”, sabendo que a definição abrangente de liberdade religiosa será incapaz de resolver os casos polêmicos. Jayme Weingartner Neto cataloga mais de oitenta posições jusfundamentais decorrentes da liberdade religiosa na tentativa de delimitar exaustivamente este direito, o que a nosso ver é uma pretensão inalcançável e, talvez, inútil²⁶².

De qualquer forma, a fim de situar o tema, algumas definições doutrinárias serão trazidas, bem como analisado o dispositivo constitucional que assegura a liberdade religiosa, decompondo seus elementos. Para Pinto Ferreira, tal liberdade seria definida como “direito que tem o homem livre de adorar seu deus, de acordo com a sua crença e o seu culto”²⁶³. Já para Thiago Teraoka, a liberdade religiosa “é o direito fundamental que tutela a crença, o culto e as demais atividades religiosas, dos indivíduos e das organizações religiosas, e consagra neutralidade estatal”²⁶⁴.

Os conceitos acima procuram trazer todas as facetas do direito fundamental à liberdade religiosa, que abrange liberdade de crença, de culto e de organização

²⁶² WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72-77.

²⁶³ FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

²⁶⁴ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 52.

institucional das Igrejas. É necessário diferenciar liberdade de consciência, de caráter não religioso, da de crença. Segundo Canotilho e Vital Moreira

Liberdade de consciência consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria e alheia. A liberdade de religião é a liberdade de adoptar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, de fazer proselitismo num sentido ou noutro, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou anti-religiosa. A liberdade de culto compreende o direito individual ou colectivo de praticar actos externos de veneração próprios de uma determinada religião. As duas primeiras liberdades (a liberdade de consciência e de religião) integram a esfera nuclear dos direitos pessoais, não podendo ser sacrificadas nem sequer em caso de estado de sítio²⁶⁵.

Como se vê, a liberdade de consciência é mais abrangente que a liberdade de crença. Jorge Miranda afirma que “a liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente) e, por outro lado, a liberdade de consciência releva, por definição, só do foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui também uma dimensão social e institucional”²⁶⁶.

A Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo XVIII estabelece que “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar sua religião ou convicção, só ou em comum, quer em público, quer privadamente, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelo cumprimento de ritos”. A liberdade religiosa vem consagrada no artigo 5º, VI, da Constituição de 1988 e dispõe que “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 suas liturgias”.

Ao se falar em liberdade de consciência deve-se lembrar que a consciência é sempre livre, já que é interna ao homem. Não necessita de proteção constitucional a consciência, pois o mero pensamento não tem qualquer relevância no mundo jurídico.

²⁶⁵ MOREIRA, Vital. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 212-3.

²⁶⁶ MIRANDA, Jorge. A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojeto de 1997. In: **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. EDIPUCRS, Vol. 21, Ano XXII, 2000, p. 172.

O que deve ser protegido é a projeção da consciência no mundo externo, as suas práticas e cultos²⁶⁷. A reserva pessoal das convicções religiosas é um dos direitos inseridos na liberdade religiosa. Nenhuma autoridade pública ou privada por obrigar que qualquer pessoa revele suas crenças. As convicções e as práticas religiosas são questões de foro íntimo, indiferentes ao estatuto social, profissional e político dos cidadãos²⁶⁸.

Tatiana Robles Seferjan anota que a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que a obrigação estabelecida para cidadãos turcos de informar sua religião em seus documentos de identidade viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Cretella Jr. considera a liberdade religiosa uma derivação da liberdade de opinião e que somente poderia ser tutelada a crença quando exteriorizada por meio de um culto²⁶⁹. Celso Ribeiro Bastos discorda dessa posição e entende que a vida espiritual não se desenvolve alheia à sociedade, pelo contrário, ela depende de condições sociais, econômicas, históricas e culturais. Além disso, o pensamento não se circunscreve ao domínio íntimo, tende a se exteriorizar por ser ter uma vocação ao proselitismo²⁷⁰.

José Afonso da Silva, por sua vez, entende que a liberdade de crença envolve a liberdade de aderir a uma religião, de mudar de religião, ou ainda de não aderir a religião nenhuma, de ser ateu e de professar o agnosticismo. Contudo, a liberdade de crença “não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros”²⁷¹. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a liberdade de consciência e de crença se exteriorizam na medida em que os indivíduos manifestam sua escolha por determinada religião, não apenas expressando um pensamento, mas também se esforçando por conquistar novos adeptos à sua crença. O caráter social de tais manifestações é que determinaria a sua proteção pelo

²⁶⁷ CRETILLA JR., op. cit., p. 216.

²⁶⁸ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 213.

²⁶⁹ CRETILLA JR., José. **Liberdades públicas**. 4ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 101.

²⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 787, jul. 2001, p. 493-507, p. 497.

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 249.

ordenamento jurídico, tanto para garanti-las como para impedir que elas ocorram de modo prejudicial à sociedade²⁷².

A liberdade religiosa tem uma dimensão negativa, como uma prerrogativa a ser oposta ao Estado, mas também tem uma faceta positiva, em que o Estado é obrigado a proteger o direito à liberdade religiosa contra violações praticadas quer por particulares quer por autoridades públicas²⁷³. Segundo Aldir Guedes Soriano²⁷⁴, a liberdade religiosa é um direito composto, pois pode ser subdividido em quatro vertentes: liberdade de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa, mesmos elementos abarcados pelo art. 18 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A liberdade religiosa tem, portanto, um aspecto individual e um social. A crença, por si só, poderia ser um fato individual desde que mantida apenas em âmbito particular, no foro da consciência. A partir do momento em que as pessoas expressam a sua crença religiosa o fenômeno torna-se um fato coletivo. O fato social está presente na publicação, na reunião, na pregação, na oração em comunidade, enfim, em todo comportamento que estabeleça relações baseadas na crença religiosa. Dessa maneira, só o fato coletivo interessa ao Estado²⁷⁵. Sobre o tema, afirma Ramón Soriano que: a) do ponto de vista da titularidade e do exercício, é uma liberdade ao mesmo tempo individual e coletiva; b) da perspectiva de sua assunção pelo sujeito, é uma liberdade que manifesta uma dimensão positiva, negativa e crítico-religiosa; c) do ângulo da natureza, é uma liberdade específica e diferenciada da liberdade de pensamento e crença²⁷⁶.

A dimensão coletiva é significativa na liberdade religiosa, e ela se manifesta juridicamente na constituição de confissões religiosas e socialmente na exteriorização do culto religioso. A liberdade religiosa é uma liberdade individual e coletiva, cujo sujeito tanto pode ser a pessoa como grupos religiosos. Ela tem dupla titularidade tanto com

²⁷² FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 290.

²⁷³ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 18.

²⁷⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 6-10.

²⁷⁵ DÓRIA, Antonio de Sampaio. **Os direitos do homem**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1942, p. 598-9.

²⁷⁶ SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas**. Madrid: Tecnos, 1990, p. 63.

relação aos sujeitos como quanto ao exercício²⁷⁷. No que tange à titularidade surge uma discussão quanto à capacidade de seu exercício pelos menores de idade. No exercício desta liberdade, o menor não seria sujeito a outras limitações para exercer seu direito que aquelas estabelecidas em lei ou derivadas do grau de maturidade alcançado para o efeito de assumir determinadas crenças religiosas e, em seu caso, praticá-las conforme os mandamentos de sua fé.

O ideal é que haja uma cooperação entre a vontade dos pais ou tutores e a do menor. Ao mesmo tempo em que deve ser permitido ao menor exercer a sua liberdade de crença, cabem aos pais propiciar que o menor a exerça de maneira mais adequada para o seu desenvolvimento. Em caso de conflito, constatada a falta de cooperação para esse fim, Lopez Castillo entende que deve ser privilegiado o interesse do menor²⁷⁸. O art. 12 do Pacto de San José de Costa Rica trata da liberdade religiosa de maneira bastante ampla e inclusive dispendo sobre a educação religiosa dos menores:

Art. 12

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

Esta discussão será retomada adiante quando se tratar do conflito em caso de decisões que podem levar à morte do praticante da religião, como o caso de religiões que recusam transfusões de sangue.

Tratando do caráter objetivo e subjetivo da liberdade religiosa, afirma Lopez Castillo:

²⁷⁷ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 19.

²⁷⁸ LOPEZ CASTILLO, Antonio. Acerca del derecho de libertad religiosa. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. v. 19, n. 56, mar/ago, 1999, p. 88-9.

Como princípio objetivo, (a liberdade religiosa) demandará dos poderes uma neutralidade (ideológica e) religiosa somente atendida se os poderes públicos renunciarem a toda forma de doutrinação e, com ela, a valoração pró ou contra o universo religioso presente na sociedade; dito em outras palavras, fora as restrições das manifestações em razão da ordem pública que constitucionalmente as limita, isto é, a reserva de que *a posteriori* se evidencie uma quebra da ordem pública constitucional mediante práticas culturais, ab initio, não se poderia fechar o espaço constitucional a quaisquer credos religiosos²⁷⁹.

No caráter subjetivo, o Estado deve garantir a imunidade de coação, uma vez que a autodeterminação religiosa impede o Estado de impor, compartilhar ou repudiar determinada confissão religiosa. Seria, portanto, uma proteção específica ao cidadão²⁸⁰.

Segundo Bellanger, a liberdade religiosa é um direito imprescritível e inalienável, que protege cada cidadão contra toda ingerência do Estado de modo a minar suas convicções religiosas. Ela impõe ao Estado um dever de neutralidade confessional, proibindo as autoridades estatais de intervir na escolha das crenças de um indivíduo ou de limitar de maneira injustificada a prática ou a expressão de convicções religiosas. Essa liberdade garante também o direito de não crer em Deus e de assim se proclamar²⁸¹. Este autor cita no trecho uma decisão do Tribunal Federal suíço que entende não ser competente para se pronunciar acerca do valor teológico de crenças religiosas, muito menos para interpretar os textos que baseiam a crença. Entendeu, porém, o Tribunal que ele poderia analisar os aspectos ou efeitos sociais da prática de uma religião.

Tal compreensão reflete aspectos essenciais da posição do Estado frente à laicidade. Não cabe ao Estado determinar ou analisar o fundamento das religiões e suas crenças, mas sim de cuidar de seus reflexos sociais e com outros direitos fundamentais.

A liberdade de crença envolve a possibilidade da reversibilidade das opções de fé, afinal, sendo variável a liberdade de consciência também o será a liberdade de

²⁷⁹ LOPEZ CASTILLO, Antonio. Acerca del derecho de libertad religiosa. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. v. 19, n. 56, mar/ago, 1999, p. 86-7.

²⁸⁰ Idem, p. 87.

²⁸¹ BELLANGER, op. cit., 2000, p. 30-33.

crença²⁸². Segundo Pierre Lanares, não apenas o Estado tem deveres para que seja garantido um ambiente de plena liberdade religiosa, mas também o indivíduo, cujos deveres seriam: 1) apresentar a sua fé e sua crença de maneira positiva, em vez de criticar as outras convicções; 2) respeitar as opiniões e as ações daqueles que tem uma fé diferente; 3) conferir plenamente a outro a liberdade que ele reclama a si mesmo; 4) não alterar a liberdade espiritual dos outros, tentando fazer ser aceita uma convicção através da oferta de vantagens materiais ou sociais; 5) cooperar com outros organismos, religiosos ou não, cada vez que um fim e alguns métodos devam ser aceitos em comum; 6) respeitar as leis e se, a consciência não puder se submeter a elas e todas as tentativas legais e a utilização de todos os meios lícitos não permitirem obter satisfação, aceitar lealmente as sanções impostas²⁸³.

Apontamos agora alguns desdobramentos práticos da liberdade religiosa. Quanto à liberdade de crença temos então como primeiro direito a apontar o de escolher uma religião ou não. O direito à escolha de uma religião envolve também o acesso livre a informações e opiniões, tal como explicitado no art. 19 da Declaração Universal de Direitos do Homem²⁸⁴. O direito da escolha originária da religião envolve como consequência o direito de mudar de religião, abarcando inclusive a possibilidade do ateu passar a adotar uma religião, bem como o caminho inverso.

Conclui-se daí haver o direito de se converter. O Estado deve garantir o pluralismo religioso, sem impor qualquer tipo de embaraço injustificado a qualquer religião. Não pode o Estado, a pretexto de manter a ordem pública, perseguir ou eliminar uma religião. Para que o direito de mudar de religião seja garantido, é importante em primeiro lugar haver o acesso a todo tipo de conhecimento. Para isso, imprescindível que se viva em uma democracia, pois o direito de manifestar sua religião envolve o direito de convencer o próximo, inclusive através do ensino.

A liberdade religiosa somente será garantida se houver uma plena correspondência entre crença e conduta. Se o cidadão é impedido de atuar conforme a sua crença, a liberdade não terá grande valia na vida cotidiana. Assim, um regime que

²⁸² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 221-222.

²⁸³ LANARES, Pierre. **Liberte religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public general: these presente a l'universite**. Roanne: Horvath, 1964, p. 27.

²⁸⁴ LANARES, op. cit., p. 53.

permita a liberdade religiosa deve proteger ao máximo as condutas religiosas, mesmo que não sejam convencionais²⁸⁵. Sobre o proselitismo, afirma Jónatas Machado:

A proteção do fenômeno religioso não pode deixar de abranger os comportamentos idôneos à aquisição do conhecimento e da adesão de outros à própria e à comunidade em que esta eventualmente se exprime. A liberdade religiosa compreende um direito à divulgação das convicções religiosas, sem a proteção do qual a liberdade de mudar de religião não faz muito sentido²⁸⁶.

Segundo Tatiana Seferjan, o proselitismo tem sido um dos maiores motivos para a restrição da liberdade religiosa, o que normalmente demonstra uma ligação oculta entre o Estado e uma religião dominante. A proibição do proselitismo envolve frequentemente discussões acerca da proteção da dignidade humana e da personalidade, contudo a autora lembra que é necessário cuidado para que não se confunda a verdadeira proteção da dignidade da pessoa humana com uma tentativa de enquadrar as religiões minoritárias a padrões regularmente estabelecidos pela sociedade e pela religião dominante²⁸⁷.

Segundo Jónatas Machado, o proselitismo pode ser permitido dentro do princípio da tolerância e do respeito incondicional aos direitos fundamentais de todo cidadão. Não se deve, contudo, proibir genericamente o proselitismo sem uma análise concreta de uma agressão aos direitos fundamentais²⁸⁸.

4.4 LIBERDADE DE CULTO E SUAS RESTRIÇÕES.

A religião caracteriza-se não somente pela existência de uma doutrina, mas também pela prática de ritos, cultos, cerimônias. A proteção ao culto é, portanto, uma garantia imprescindível para o pleno reconhecimento da liberdade religiosa²⁸⁹. Cretella

²⁸⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 222-4.

²⁸⁶ MACHADO, op. cit., p. 225.

²⁸⁷ SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 24

²⁸⁸ MACHADO, op. cit., p. 227-8.

²⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 249.

Jr. entende que não é possível haver religião sem culto, sem o culto ou ritual seria apenas uma contemplação filosófica, jamais uma religião²⁹⁰. Sobre o conceito de religião, entretanto, remetemos ao item 1.2 supra.

Ainda segundo Cretella, o culto seria “a manifestação das próprias crenças religiosas no mundo externo, o conjunto de todos os atos externos, práticas e omissões, com os quais se exterioriza a fé religiosa”²⁹¹. A consagração da liberdade de consciência não acarreta necessariamente a liberdade de culto, no entanto, esta pressupõe a liberdade de consciência. Nessa esteira, costuma-se dizer que a liberdade de consciência é absoluta, pois se desenvolve no aspecto íntimo do indivíduo, ao passo que a liberdade de culto poderia ser limitada pelo ordenamento.

Apesar de crença e culto poderem ser racionalmente separados, a religião perde o sentido sem o culto segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁹². Dentro da liberdade de culto, é possível inserir todas as condutas que envolvam a opção religiosa do indivíduo, já que não há liberdade religiosa sem a garantia de livre estabelecimento de cultos²⁹³. Por meio do culto, os crentes estão autorizados a praticar atos que para eles tenham como intuito a comunicação com Deus. O culto envolve, assim, a construção de templos, a celebração de cerimônias. O culto não significa apenas a realização pública de atos, mas sim a necessidade de prestar homenagem coletivamente ao Deus de sua crença. Pode, dessa maneira, haver liberdade religiosa sem liberdade de culto, mas não liberdade de culto sem a liberdade religiosa²⁹⁴.

Quanto à liturgia, ela “significa o culto público e oficial instituído por uma igreja. É o ritual. É a manifestação externa que dita as normas do próprio culto. São as cerimônias que cercam o culto”²⁹⁵.

Assim, o culto é a forma exterior da religião. Há quem entenda que culto e religião são sinônimos, de modo que um não poderia existir sem o outro, como visto

²⁹⁰ CRETELLA JR, José. **Liberdades públicas**. 4ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 103.

²⁹¹ Idem, ibidem.

²⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, Estado e Direito. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v. 3, n. 2, p. 81-89, 2002, p. 81-89.

²⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 787, jul. 2001, p. 497.

²⁹⁴ DÓRIA, op. cit., p. 599.

²⁹⁵ FERREIRA, Wolfgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais – comentários ao artigo 5º da CF/88**. São Paulo: Edipro, 1997, p. 157.

acima, mas tal afirmação é equivocada. Pontes de Miranda afirma que a parte mais visível do culto é a cerimônia, que pode perfeitamente existir sem religião²⁹⁶.

Nem sempre a liberdade de culto foi amplamente conferida a todas as religiões no Brasil. A Constituição do Império de 1824 garantia liberdade de culto somente para a Igreja Católica Apostólica Romana, que era a religião oficial do Império. Às outras religiões era garantido somente o culto doméstico em locais sem aparência de templo²⁹⁷.

Não é pelo fato de determinada atividade estar ligada a uma religião que ela deva automaticamente merecer ampla proteção constitucional se ela não estiver representando uma verdadeira crença religiosa. Caberia, assim, ao Judiciário tentar separar atividades praticadas por religiosos de atividades praticadas em razão de verdadeiro culto religioso, com o cuidado de não realizar julgamento de mérito das crenças religiosas, o que feriria a laicidade do Estado²⁹⁸.

A Constituição de 1988 consagrou amplamente a liberdade de culto, retirando, inclusive, o condicionamento à observância da ordem pública e dos bons costumes, como o faziam as Constituições precedentes²⁹⁹. A despeito de não haver expressa referência no atual texto constitucional, isto não quer dizer que os cultos estão autorizados a desenvolverem-se sem restrições. Como já sustentado, não há direitos fundamentais absolutos. Exatamente pelo fato de os cultos terem lugar, normalmente, em público ou coletivamente, pode haver restrições caso venham a confrontar-se com outras religiões. Devem ainda os cultos religiosos respeitar o sossego e os bons costumes, a ordem pública e não obstar a liberdade religiosa de outros indivíduos³⁰⁰.

“É inegável que o Estado tem o direito-dever de exercer o poder de polícia sobre os cultos religiosos. Estes não são direitos absolutos; ao contrário, são direitos relativos”³⁰¹. Tradicionalmente colocam-se como limites a ordem pública e os bons costumes. Como visto acima, a liberdade de culto confere um direito “prima facie” e somente na apreciação do caso concreto, em conflito com direitos opostos, é que

²⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 365.

²⁹⁷ SILVA, op. cit., p. 249.

²⁹⁸ SEFERJAN, op. cit., p. 32.

²⁹⁹ SILVA, op. cit., p. 249.

³⁰⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 132.

³⁰¹ FERREIRA, op. cit., p. 155.

poderá se definir as restrições aos direitos fundamentais. Andou bem o constituinte ao retirar os limites expressos do Texto, pois não somente a ordem pública e os bons costumes podem restringir um direitos fundamental, mas qualquer outro direito fundamental.

Celso Ribeiro Bastos defende a atuação do Estado para impedir as falsas manifestações religiosas³⁰². Caberia ao Estado, portanto, verificar a existência de dois requisitos: boa-fé dos promotores e da seita e ausência de práticas que firam os princípios consagrados na ordem jurídica.

Os cultos podem ocorrer tanto internamente, em templos, como externamente, em vias públicas e praças. Podendo os cultos ocorrer em qualquer lugar, é imperiosa a submissão de tais práticas a outros princípios da ordem jurídica, mesmo não tendo a Constituição feito expressa referência a tais limites³⁰³.

Bastante intrigante é a posição de Cretella Jr ao entender que as manifestações religiosas tradicionais não poderiam ser proibidas, a não ser que trouxessem ameaças à ordem pública. Já as manifestações não tradicionais poderiam ser limitadas de maneira mais ampla, pois são inerentes à liberdade de culto³⁰⁴. Tal posicionamento não parece muito compatível com a garantia prevista pela Constituição de 1988. Conforme o disposto no art. 5º, VI, é garantida a ampla liberdade de culto, não havendo qualquer privilégio às religiões ditas tradicionais. Não fez a Constituição qualquer restrição às religiões minoritárias, pois consagrou a todas a liberdade de culto nos mesmos termos.

³⁰² BASTOS, op. cit., p. 493-507.

³⁰³ Idem, ibidem.

³⁰⁴ CRETELLA JR., José. **Liberdades públicas**. 4ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 219.

5 CRIMINALIZAÇÃO DOS RITUAIS RELIGIOSOS

5.1 BREVE SÍNTESE DA TEORIA GERAL DO CRIME ADOTADA

Não temos a intenção de elaborar um tratado de direito penal, nem de elaborar um estudo muito aprofundado sobre os elementos do crime. Porém, para que possamos abordar o assunto que nos propusemos, inevitável esta incursão no campo do Direito Penal. Afinal, nosso objetivo é investigar os limites da liberdade religiosa e quando ela ultrapassa tais limites, de modo a definir quando é legítima a intervenção do Estado nesta liberdade, por meio da tipificação dos crimes de estelionato e curandeirismo – artigos 171 e 284, do Código Penal Brasileiro.

Filiamo-nos, sem maiores considerações, por não se relacionar com o objeto da pesquisa, à doutrina tripartida finalista do crime, que é a corrente majoritária no Brasil. De acordo com tal teoria, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Diz-se a teoria finalista, porque considera que o elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) integra a conduta, um dos elementos do fato típico. O fato típico abrange além da conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade³⁰⁵.

A ilicitude (sinônimo de antijuridicidade) revela a contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico como um todo. A culpabilidade é juízo de reprovação que se faz sobre a conduta do agente e engloba a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa³⁰⁶. No fato típico, interessa-nos a análise da tipicidade, que é decorrência do princípio da legalidade em sentido estrito em matéria penal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988. É indicadora de que a conduta é vedada pelo ordenamento jurídico. Fernando Capez a conceitua como “a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal)”³⁰⁷.

³⁰⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. V. 1. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 142.

³⁰⁶ GRECO, op. cit., p. 143-4.

³⁰⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 188.

Já Rogério Greco conceitua tipicidade como “a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (...)”³⁰⁸. No moderno direito penal, a análise da tipicidade não pode ser feita sem considerar a Constituição e seus princípios. Assim, a tipicidade não deve ser analisada apenas sob o prisma da lei, mas tendo em vista todo o ordenamento jurídico. Oportuno lembrar a teoria da tipicidade conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni, e José Henrique Pierangeli, que sustenta que a tipicidade penal engloba a tipicidade formal (mera adequação típica da conduta à descrição prevista na lei) mais a tipicidade *conglobante*. Nas palavras dos autores, “a lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e incentiva”³⁰⁹.

Assim, o ordenamento jurídico não pode proibir e ao mesmo tempo fomentar ou exigir determinada conduta. A análise da tipicidade impõe a perquirição do alcance da norma penal não de forma isolada, mas sim conglobada na ordem jurídica. O direito não pode exigir a intervenção médica cirúrgica e impor ao mesmo tempo penalidades aos médicos por fazer cortes nos pacientes; não pode consagrar a pena de morte e impor as penalidades do homicídio ao carrasco.

Os dois exemplos acima costumam ser utilizados como exemplos de atipicidade conglobante pela doutrina. Pela teoria da tipicidade conglobante as hipóteses de exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal em que a atividade é ordenada ou fomentada pelo ordenamento jurídico são deslocadas da análise da ilicitude para a do fato típico³¹⁰.

A liberdade religiosa e seus aspectos são protegidos pela Constituição Federal. Na interpretação da legislação infraconstitucional que define crimes, este fato deve ser

³⁰⁸ GRECO, op. cit., p. 156.

³⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – Parte Geral, vol. 1, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 458.

³¹⁰ CAPEZ, op. cit., p. 197-199.

levado em consideração, pois ainda que haja tipicidade formal, um direito protegido “em definitivo” pelo direito fundamental à liberdade religiosa não poderá ser considerado crime, por atipicidade conglobante.

5.2 CRIMINALIZAÇÃO DE RITUAIS RELIGIOSOS.

Como sustentado por nós acima, quando um ato definido como crime estiver amparado pelo direito fundamental à liberdade religiosa, estaremos diante de uma hipótese de atipicidade penal conglobante. No caso do crime de curandeirismo, entendemos, porém, que mais do que atípico naquele caso, o crime de curandeirismo como um todo é inconstitucional. Com esta premissa em mente, pretendemos analisar a aplicação dos crimes de curandeirismo e estelionato. Começemos pelo curandeirismo, previsto da seguinte forma no artigo 284, do Código Penal:

exercer curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III – fazendo diagnósticos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

O capítulo no qual se encontra o crime se chama “Dos crimes contra a saúde pública”, de modo que o objetivo de se incriminar esta conduta é preservar a ameaça que o curandeiro representa à saúde pública, fazendo com que a coletividade deixe de procurar o tratamento médico baseado em evidências. Luiz Regis Prado justifica este crime com as seguintes palavras

Claramente se vê qual é a principal consequência do exercício do curandeirismo: as pessoas, acreditando nessa prática, deixam de procurar o profissional capacitado, retardam o início do tratamento adequado ou, ainda, pode ser que nelas seja provocado algum mal. É por essa razão que se trata de delito de perigo abstrato³¹¹.

³¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 3, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215-216.

Procuraremos fundamentar que para que seja respeitada a liberdade religiosa e preservado o bem jurídico “saúde pública” é necessário que seja considerado inconstitucional o crime de curandeirismo e aplicado o crime de estelionato, quando cabível no caso concreto, ou seja, quando utilizada religião como verdadeiro argumento de venda para uma atividade comercial disfarçada de crença³¹². Também pretendemos demonstrar que a cura espiritual não representa ameaça à saúde pública, pois cada indivíduo tem a autonomia para escolher seguir um tratamento médico ou recusá-lo.

Como procuramos demonstrar na primeira parte deste trabalho, embora o Brasil tenha sua matriz religiosa essencialmente sincrética, sempre procuraram as autoridades reprimir os cultos de origem africana de nossa população. Prova disso é que a umbanda, religião nascida em solo brasileiro, procurou se tornar menos africana, eliminando os traços mais primitivos de seus rituais, tais como o sacrifício de animais. Ana Lúcia Pastores Schritzmeyer cita sete julgados de nossos Tribunais os mais representativos de casos de curandeirismo de 1900 e 1990 em seu livro “Sortilégio de saberes” e todos eles referem-se a casos de espiritismo ou cultos de matriz africana³¹³.

Em 1949, o Supremo Tribunal Federal analisou caso envolvendo a liberdade religiosa, embora sem adentrar a questão do curandeirismo, e proferiu uma histórica decisão a favor da Igreja Católica Apostólica Romana, contrariando a laicidade do Estado³¹⁴. O caso em tela era um Mandado de Segurança, n. 1.114, julgado em 17 de novembro de 1949 e relatado pelo Ministro Lafayette de Andrada. O Mandado de Segurança atacava ato do Presidente da República, que aprovara parecer do Consultor-Geral da República “sobre a maneira de assegurar o livre exercício do culto da Igreja Apostólica Romana”, encaminhando-o ao Ministério da Justiça, para cumprimento. O impetrante, que era um bispo dissidente, pretendia fundar uma Igreja nacional. O parecer do Consultor-Geral nascera em resposta a uma representação do Arcebispo do Rio de Janeiro, que reclamava do objetivo de “mistificar e confundir” do bispo dissidente, que usava as mesmas vestes e insígnias do clero e bispo romanos e o

³¹² BELLANGER, François. **Sectes, religions et dérives sectaires in L’Etat face aux derives sectaires**: actes du colloque du 25 novembre 1999. Genève, Helbing & Lechtenhann: Faculte du Droit de Genève, 2000, p. 30-33.

³¹³ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 181-196.

³¹⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123.

mesmo cerimonial do culto externo católico. O então Consultor-Geral, Haroldo Valadão, recomendava o uso do poder de polícia da autoridade civil para assegurar à Igreja Católica o “livre exercício de seu culto, impedir o desrespeito ou a perturbação do mesmo culto (...) quando praticadas pela Igreja Católica Apostólica Brasileira”. O impetrante do mandado de segurança se insurgiu contra este parecer, aprovado pela Presidência, pois suas atividades foram impedidas pela polícia. Houve apenas um voto em seu favor. A maioria absoluta considerou que não havia culto próprio da Igreja Católica Apostólica Brasileira do Rio de Janeiro e que suas práticas religiosas causavam confusão com as solenidades existentes na Igreja Católica Romana, violando-se a liberdade desta igreja, o que devia ser evitado em prol da ordem pública.

Este direcionamento do crime de curandeirismo para as religiões minoritárias, de matriz africana e mais “primitivas”, fica claro pela análise da doutrina penal do início do século XX. Magalhães Noronha lembra que no Código Penal de 1890 “o art. 157 dispusera ser crime ‘Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancia para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar curas de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública’ (...) valia ao legislador a intenção de defender a saúde pública”³¹⁵.

Como se vê, o legislador de 1890 considerava crime a própria prática do espiritismo, hoje uma religião professada por milhares de brasileiros. Magalhães Noronha ensina que no crime de curandeirismo incide neste dispositivo em regra “o indivíduo boçal e místico, entregando-se a práticas grosseiras, cuja clientela, em sua maior parte – entenda-se – é composta de gente rude, ignorante e analfabeta que o respeita e teme, preferindo-o ao médico mais competente da localidade. Todavia, contam-se na clientela, quase sempre, pessoas de outra esfera social, de educação, cultura e recursos financeiros, que, não obstante, consultam o curandeiro, ouvem *pai João* ou recorrem ao *médium milagroso* para tratamento de suas moléstias ou cura de seus males, frequentemente incuráveis pela própria medicina”³¹⁶.

Bento de Faria aponta como possíveis sujeitos ativos do delito “os praticantes da cartomancia, feitiçaria, magia, macumba, cristalomancia, adivinhação etc”. Acrescenta o

³¹⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. IV, 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63.

³¹⁶ NORONHA, op. cit., p. 67.

citado autor que não devem ser considerados curandeiros os “ministros de Igreja quando praticam atos de exorcismo, porque são admitidos pelos seus cânones; quem pratica ato de qualquer religião ou doutrina, inclusive o espiritismo, desde que não ofenda a moral, os bons costumes ou faça perigar a saúde pública, ou apenas busque demonstrações em proveito da ciência”³¹⁷.

Como se vê, Bento de Faria exclui expressamente da incidência deste crime os atos da igreja católica de exorcismo, sem perquirir sobre eventual risco à saúde pública, eis que tais atos são admitidos por seus cânones. Flamínio Fávero, em artigo publicado em 1942³¹⁸ a propósito da entrada em vigor do Código Penal de 1940, afirma que o crime de curandeirismo é uma figura delituosa composta pela falta de competência profissional e pela reincidência ou habitualidade dos atos ilícitos. Afirma que não importa a finalidade lucrativa do curandeiro, passagem em que tece um comentário que foi repetido em diversos julgados, segundo Schritzmeyer³¹⁹:

(...) a lei não permitirá mais que aquele conhecido rifão popular permaneça íntegro – que de poeta, médico e louco, cada um tem um pouco. Entrando em vigor o novo Código, poderão apenas ter um pouco os indivíduos de poeta e de louco, mas não mais de médico, (...). O curandeirismo dos diletantes será, evidentemente, punido diante da nova lei penal³²⁰.

Um trecho do texto de Fávero confirma a visão de que os curandeiros representavam o atraso cultural e religiões primitivas:

São as chamadas moscas necrófilas. Quando um indivíduo morre, o seu corpo em putrefação é, naturalmente, procurado por esses animais necrófilos, para destruí-lo (...). Mas esses animais necrófilos revelam uma certa fase de putrefação e dão ao médico legista, com bastante aproximação, uma ideia da data da morte, como reagentes vivos. Pois bem, os curandeiros também são reagentes animados no meio social. Indicam o atraso. Onde pululam os curandeiros, evidentemente há muito que fazer no que se relaciona à instrução e educação. Porisso talvez – e perdoareis o absurdo – os curandeiros no início não deveriam ser perseguidos... Dever-se-ia levantar o censo estatístico dos curandeiros num lugar, para dar às autoridades competentes o nível cultural, educacional, desses meios. Porisso digo que são um mal necessário³²¹.

³¹⁷ FÁVERO, Bento de. **Código penal brasileiro**. v. 4, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 279.

³¹⁸ FÁVERO, Flamínio. **Exercício ilícito da medicina – O novo Código Penal**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1942.

³¹⁹ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 148.

³²⁰ FÁVERO, op. cit., p. 47.

³²¹ FÁVERO, op. cit., p. 49-50.

Com todo o respeito ao autor, os curandeiros não deveriam nunca ser perseguidos, quando professam sua crença de forma sincera, mas somente os estelionatários. Fragoso afirma que o curandeirismo é uma espécie de exercício ilegal da medicina, nada comentando sobre a constitucionalidade deste crime quando confrontado com a liberdade religiosa³²². Quanto às práticas do espiritismo, Hungria afirma que

Sem dúvida alguma, há que tolerar-se o espiritismo como religião ou como filosofia. Não se pode vedar a crença nos seus postulados (existência de Deus, da alma e do “corpo etéreo, imortalidade do espírito e sua evolução por estágios sucessivos, comunicação entre este mundo e o dos espíritos, reencarnação, etc.); mas o que é de todo inadmissível é que certos fenômenos, já explicados pela ciência e que nada tem a ver com o sobrenatural, sejam empiricamente provocados (quando não simulados por meio de truques já completamente desacreditados) para o fim de tratamento de enfermidades³²³.

Na doutrina mais moderna, Damásio afirma que não pode ser considerado sujeito ativo do crime a pessoa que se dedica à cura por meio de métodos que fazem parte do ritual da religião que abraçaram, acentuando que no espiritismo os passes fazem parte do ritual, não integrando a figura típica e afirma que “as palavras e gestos, quando atos de fé, não caracterizam o delito”³²⁴. Paulo José da Costa Júnior não chega a mencionar a questão do conflito do tipo de curandeirismo com a liberdade religiosa em seus comentários em relação ao crime³²⁵. Já Mirabete reconhece ser tormentosa a questão da confusão entre a prática religiosa e o curandeirismo³²⁶. Mesmo assim, o citado autor defende a aplicabilidade do crime de curandeirismo. Afirma que a prática do espiritismo como religião, com a aplicação de “passes”, uma espécie de benção com

³²² FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal – parte especial**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 273.

³²³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 6, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 155-156.

³²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**, v. 3, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 408.

³²⁵ COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 805-806.

³²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v. 3, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 147.

fins espirituais, não constitui crime. Conclui que o “baixo espiritismo” deve ser incriminado, por este entendido as práticas da umbanda ou quimbanda e a macumba, asseverando que “as religiões teístas dignas desse nome pretendem conduzir as almas para Deus” e que “sempre que o ministro deixa de lado a finalidade própria da religião e adentra o cobiçado campo dos místicos tratamentos, com a perseguição de cura através de benzimentos com arruda e outros” o crime estaria consumado. Rogério Greco entende que a solução quanto à aplicação do crime de curandeirismo deve se dar em razão da distinção entre os praticantes de cartomancia, feitiçaria, magia, macumba, cristalomancia, adivinhação, de um lado e, de outro lado, quem pratica “qualquer ato de religião ou doutrina”, como o espiritismo e o cristianismo³²⁷. Esta posição, salvo melhor juízo, permanece eivada de preconceito em relação a religiões menos difundidas.

Thiago Teraoka defende que “ou se admite que todas as religiões possam livremente exercer seus poderes místicos, ou que seja proibido todo tipo de exorcismo ou curas espirituais, ainda que praticado por religiões cristãs ou espiritualistas”³²⁸. Segundo o autor, seria impossível exigir que um juiz de direito, por ocasião de um julgamento, tivesse que diferenciar se um “passe” é “mesa branca” ou macumba mesmo.

Rogério Sanches Cunha afirma que o benzimento, o exorcismo, bem como os “passes” feitos no espiritismo não ensejam o crime, pois baseados na fé, exceto no caso de serem usados para tratar moléstias ou diagnosticar a causa de um mal³²⁹. César Dario Mariano da Silva afirma, sem muito aprofundamento, que “os atos de fé, como os passes, curas mediúnicas ou outras do gênero, que estão ligadas ao livre exercício de crença ou religião (art. 5º, VI, CF), não configuram o delito”.³³⁰

Guilherme de Souza Nucci assevera que a Constituição Federal assegura a inviolabilidade da liberdade de crença, assegurando o livre exercício de cultos religiosos, de modo que não se pode considerar curandeirismo “a conduta daqueles

³²⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. V. 1. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 195.

³²⁸ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 184.

³²⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**, v. 3. Coord: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 315.

³³⁰ SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de direito penal**, v. 3, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 88.

que, crendo na ação dos espíritos, fazem gestos com as mãos, nomeados passes, para a cura de males físicos ou psíquicos de alguém, que, por sua vez, acredita no mesmo. Assim, ambas as partes envolvidas estão vinculadas a uma religião, no caso o espiritismo, bem como a um culto (práticas consagradas para a exteriorização de uma religião ou crença)³³¹. Por outro lado, o mesmo autor entende que o trabalho espiritual gratuito é impunível penalmente, ao passo que se for pago estará configurado o crime de estelionato³³². Segundo Cezar Bitencourt, “pratica o crime de estelionato o agente, que, mediante falsa promessa de cura, percebe remuneração, pois se utiliza de meio fraudulento para a obtenção de vantagem ilícita. Nessa hipótese, o crime de curandeirismo fica absorvido por aquele”³³³.

Concordamos em parte com os referidos autores. Não é pelo simples fato do trabalho espiritual não ser gratuito que ele deve ser considerado estelionato. Este crime é definido no artigo 171 do nosso Código Penal como “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. O meio fraudulento descrito no tipo seria a fraude espiritual de cura para obter a vantagem indevida. Entretanto, mesmo nas religiões cristãs majoritárias existe a prática da doação de valores chamada de dízimo. Assim, também não são práticas totalmente gratuitas a justificar a distinção elaborada por Bitencourt e Nucci.

Não se desconhece o fato de existirem verdadeiras fraudes em nome da religião, e neste caso haverá crime, mas o de estelionato, jamais curandeirismo. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela atipicidade da conduta quando confrontada com a liberdade de culto:

O charlatanismo e o curandeirismo integram o rol dos crimes contra a saúde pública, ou seja, praticado contra número indeterminado de pessoas. Crimes de perigo concreto (probabilidade de dano). O Direito Penal da culpa é incompatível com o perigo abstrato, hipótese ocorrente no plano hipotético. O homem responde pelo que fez ou deixou de fazer. Refute-se a simples suposição. Dessa forma, a denúncia precisa indicar

³³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1035.

³³² NUCCI, op. cit., p. 810.

³³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. IV, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 339.

o resultado (sentido normativo). Caso contrário, será inepta. A liberdade de culto é garantia constitucional, com proteção do local e da liturgia.³³⁴

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Incontroverso nos autos que o apelante, ajudado pelos demais, dedicava-se a práticas umbandistas, sem cobrança de qualquer valor, realizando operações espirituais, através de imposição de mãos, e não se pode, com tal realidade, concluir-se que cometia o crime de curandeirismo. Passes ou imposição de mãos são práticas religiosas para proteção de fiéis, no âmbito das religiões espíritas, como bênçãos o são no âmbito da religião católica. E tais rituais ou práticas são assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, VI, in verbis: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias").³³⁵

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela caracterização do crime de curandeirismo no caso em que o agente ministrava passes e obrigava adultos e menores a ingerir sangue de animais e bebida alcoólica, colocando em perigo a saúde e levando os adolescentes à dependência do álcool (REsp. 50426/MG, Rel. Min. Jesus Costa Lima, 5ª Turma, j. 10.8.1994, DJ de 29/08/1994, p. 22.211). Com todo o respeito, a questão acima poderia ser resolvida mediante a aplicação de outros tipos penais específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), tais como o artigo 243 – “Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida”. A conduta imputada ofende a saúde de vítimas determinadas, ao passo que o crime de curandeirismo não exige vítimas em concreto para a sua configuração, ele ofende a saúde pública, tratando-se de crime de perigo abstrato³³⁶. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "O espiritismo, visando à prática curativa, está alcançado pelo curandeirismo" (STF - HC - Rel. Francisco Rezek - RT 600/418). Não foram encontrados em nossa pesquisa julgados mais recentes fazendo menção ao crime de curandeirismo no âmbito do STF.

³³⁴ STJ, HC 1498/RJ, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJ de 16.8.1993, p. 15.994.

³³⁵ TACRIM; Apelação nº 1.062.233/1 - Bariri; 5ª Câmara; Rel. Juiz Cláudio Caldeira; j. em 11.02.1998; m.v..

³³⁶ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493.

Importante neste ponto esclarecer o que vem a ser o crime de perigo abstrato, ou presumido. Segundo Damásio de Jesus, crimes de dano são aqueles que somente se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, tais como o homicídio ou as lesões corporais. Já os crimes de perigo se contentam com a possibilidade de dano. Este perigo pode ser presumido ou concreto³³⁷. Esta classificação, segundo André Estefam, prende-se à ideia, atualmente predominante, de que as infrações penais buscam tutelar algum bem jurídico³³⁸. O citado autor afirma que se o tipo penal exigir a lesão ou dano ao bem juridicamente tutelado para que ocorra a consumação do crime, estamos diante de um crime de dano ou de lesão. Já os crimes de perigo se consumam quando o bem jurídico sofre um perigo ou ameaça de lesão. Incrimina-se a exposição do bem jurídico a um perigo. Tais crimes se dividem em crimes de perigo concreto, quando a lei exige que a conduta do agente provoque um perigo real, e crimes de perigo abstrato ou presumido, em que a consumação apenas depende da prática da conduta tipificada, sem necessidade dela provocar um perigo concreto ao bem jurídico.

Embora seja o curandeirismo um crime de perigo abstrato, não advogamos a sua inconstitucionalidade por conta deste fato. Em tais crimes, o legislador age preventivamente, a fim de evitar que as lesões a bens jurídicos efetivamente ocorram, constituindo o que Paulo José da Costa Jr. chama de *crime-obstáculo*³³⁹. Há controvérsia quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois eles incriminam por vezes atos preparatórios do delito, o que segundo alguns, seria devido ao fato de não haver um resultado material, seja de perigo, seja de lesão, o que ofenderia o princípio da lesividade ou ofensividade³⁴⁰. Para estes, deveria haver a exclusão dos crimes de perigo abstrato do ordenamento jurídico, por serem incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, pois a incriminação da mera conduta implicaria a repressão a atos de desobediência, sem vínculo imediato a bens jurídicos, que não entrariam na esfera do ilícito penal.

³³⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. v. 1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

³³⁸ ESTEFAM, op. cit., p. 88.

³³⁹ COSTA JÚNIOR, Comentários ao Código Penal, vol. 3, p. 672.

³⁴⁰ GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da Ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

Para esta corrente, tais tipos penais seriam um presunção *jures et de jure* de resultado, que afeta um direito penal baseado na responsabilidade pessoal e maculam o direito de defesa, ao não admitirem prova em contrário da falta de ofensividade ou lesividade. Para Bianchini³⁴¹, os delitos de perigo abstrato afetam o princípio da lesividade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade, pois exige-se a mera conduta do agente, não se levando em conta a probabilidade de ocorrência do dano, fazendo com que seja punida em algumas situações a conduta que esteve longe de pôr em perigo o bem que está sendo protegido, o que não deveria ser objeto do direito penal, sob pena de afronta aos fins justificadores da intervenção penal.

Para Silva Sanchez³⁴², nossa sociedade alcançou um patamar de desenvolvimento em que as relações interpessoais atingiram níveis sem precedentes, reclamando cada vez mais necessidades de cooperação e divisão funcional. Essas intrincadas e virtualmente infinitas relações no plano individual incrementam a possibilidade de advirem riscos a bens alheios, produzindo uma defasagem na proteção legal de bens jurídicos baseada em crimes de dano. O Estado é chamado, então, a intervir em etapas anteriores do comportamento, punindo não só a lesão efetivamente causada, mas, antes disso, aquele instante no qual inexiste o dano, mas somente o perigo. Não é outro o motivo de se ver, nas legislações penais, cada vez mais a referência do comportamento criminoso periclitante.

Com base nesses argumentos, Bottini sustenta que o respeito ao princípio da ofensividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato³⁴³. Para este autor, a ofensividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. Prossegue dizendo que o abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela conduta e não pelo resultado material posterior, sendo que a consolidação de um direito penal que proteja, de maneira

³⁴¹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

³⁴² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11), p. 31.

³⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172.

racional e funcional, os bens jurídicos diante de novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela penal.

Ângelo Roberto Ilha da Silva conclui dizendo que “em suma, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador”.³⁴⁴ Quando se trata de proteger o bem jurídico saúde pública, parece-nos perfeitamente razoável protegê-lo antecipadamente incriminando o tráfico de entorpecentes como um crime de perigo presumido.

O crime de curandeirismo traz uma definição bastante precisa, enumerando em seus incisos as formas pelas quais pode ser cometido. Não é por este fato, então, que o consideramos inaplicável, mas sim por ser incompatível com a liberdade religiosa prevista na Constituição Federal. Retomando a análise da jurisprudência sobre o tema, anotamos que existem diversas orientações extraídas, por vezes antagônicas, dos julgados sobre curandeirismo. O extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu que não se pode “confundir-se liberdade religiosa com baixo espiritismo que se manifesta através de palavras, gestos e o emprego de diversos meios para a cura de males físicos e que no conceito da lei definem o curandeirismo” (TACRIM-SP – AC – Rel. Sylvio Barbosa – RT 357/385). Incrivelmente, o julgado exclui do âmbito da liberdade religiosa o baixo espiritismo. Outro julgado afirma que o baixo espiritismo é prática nociva à saúde física e moral do povo e que seus praticantes são “burlões, embusteiros, mistificadores, que se irrogam o poder de cura e fazer diagnósticos” (TACRIM-SP – AC – Rel. Itagiba Porto – RT 299/456). Como se vê, o julgado conclui que todo curandeiro age de má-fé, negando a hipótese de estar agindo com base em sua crença.

Em outro sentido, julgado do mesmo Tribunal afirma que “não há, porém, reconhecer o delito na conduta de quem, seguindo rituais umbandistas ou quimbandistas, pratica gestos exóticos e prescreve substância não proibida e

³⁴⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

normalmente vendida em estabelecimentos de produtos ligados àquelas modalidades de baixo espiritismo, com vistas à cura de crente doentio” (TACRIM-SP – AC – Rel. Lauro Malheiros – RT 456/418).

Retomando a distinção entre curandeirismo e estelionato, afirmamos acima que não é o simples fato do trabalho espiritual ser remunerado ou não que servirá como critério para diferenciar os dois crimes. Thiago Teraoka afirma que “a questão será solucionada mais uma vez levando em consideração a sinceridade dos agentes (...) se houver atividade religiosa (e não apenas uma empresa do crime), ainda que não seja de uma crença comum no Brasil, o fato será absolutamente atípico. Entendemos que esta é a única solução possível, para evitar preconceitos ou discriminações injustificadas”³⁴⁵. Porém, como afirmando acima, entendemos não que o crime de curandeirismo é atípico, mas sim inconstitucional, por ferir o exercício da liberdade religiosa em toda sua plenitude. No mesmo trecho, Teraoka cita decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States vs. Ballard* em que se entendeu que o Estado não pode se imiscuir na verdade ou falsidade de poderes espirituais, pois a Constituição dos Estados Unidos não escolheu nenhuma religião em detrimento das demais. A questão seria solucionada pelo critério da eventual boa fé dos acusados, da sinceridade em torno da crença desses poderes espirituais. O caso em tela discutiu a possibilidade de alguém, que não acreditava na existência de um “Deus” conforme as religiões tradicionais, suscitar a objeção de consciência para recusar o serviço militar obrigatório.

A Suprema Corte americana assentou que a sinceridade do objetor foi considerada suficiente, independentemente da religião ser ligada a um “Ser Supremo”. Concluiu que as crenças que levaram o objetor a recusar a prestação do serviço militar ocupavam o mesmo lugar em sua vida que a crença em divindade tradicional ocupa na vida de outros. Teraoka cita decisões do Tribunal Constitucional de Portugal e da Suprema Corte da Argentina permitindo o estabelecimento de processo administrativo minucioso para verificar a sinceridade de alguém em casos de objeção de consciência a fim de evitar a sua banalização³⁴⁶. Resta definir os critérios para se aferir a

³⁴⁵ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 184-5.

³⁴⁶ TERAOKA, op. cit., p. 46.

sinceridade religiosa. Tendo em vista que não é possível ler a mente do agente, sua intenção, sincera ou não, deve ser aferida pelas circunstâncias externas de sua conduta e por indícios, tal como se dá nos crimes que exigem finalidade especial na conduta do agente.

Já afirmamos que não concordamos com a posição de Nucci e Bitencourt ao afirmar que se o trabalho espiritual for pago, caracterizado está o estelionato. Entretanto, este elemento tem que fazer parte da conduta para se caracterizar o estelionato, eis que se trata de crime contra o bem jurídico patrimônio. A excessiva desproporção do valor cobrado com os gastos para a realização do “trabalho” pode ser utilizado como indício da intenção do agente de enriquecer ao invés de curar o crente. Ademais, pode-se investigar as circunstâncias da conduta do agente para definir sua má-fé. Neste ponto, o depoimento da vítima do engodo é de especial importância para se detectar a fraude, que normalmente é cometida longe de testemunhas. Ressalte-se que pouco importa se a vítima também agir de má-fé³⁴⁷, por exemplo, querendo usar os espíritos para separar um casal, pois apenas é necessário que o estelionatário a induza ou mantenha em erro sobre sua capacidade de conseguir o que ela deseja por meio de qualquer crença ou culto. Na jurisprudência encontramos tanto julgados afirmando a ocorrência tão somente do estelionato quanto outros que afirmam ser o curandeirismo absorvido como instrumento da fraude pelo estelionato, que tem pena mais grave. A título de exemplo: “Se as práticas do curandeirismo constituíam apenas parte do *mise-em-scène* com que o acusado conseguiu embair a boa fé da vítima, para obtenção da vantagem ilícita, configura-se tão somente o crime de estelionato” (TJSP – AC – Rel. Vasconcelos Leme – RF 141/425).

Por último, devemos rechaçar o argumento daqueles que veem no curandeiro uma ameaça à saúde pública que deve ser reprimida pelo Direito Penal, ainda que realize trabalhos gratuitamente. O bem jurídico protegido pelo tipo penal é a saúde pública, mas entendemos que este bem não é ofendido quando um indivíduo recusa procurar o tratamento médica baseado na ciência para procurar um tratamento não convencional, a cura pelo curandeiro. Ninguém pode ser compelido a se tratar com um

³⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.174.

médico habilitado legalmente. Aliás, em nosso segundo capítulo, demonstramos que tal prática foi muito comum durante o período colonial em todas as classes sociais.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, erige a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Para Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, trata-se de um direito absoluto, só merecendo relativização quando em conflito com a igual dignidade de outro indivíduo³⁴⁸. Em tema de liberdade religiosa, a dignidade humana favorece a autonomia e a liberdade de escolha do indivíduo. A dignidade da pessoa humana legitima suas escolhas em matéria religiosa. Não há dignidade sem liberdade³⁴⁹.

Quando se trata de liberdade de escolha, deve-se lembrar do direito à autonomia do indivíduo. O direito à autonomia ou autodeterminação encontra-se previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Quanto a esse direito, segundo Ligiera³⁵⁰, aos poucos, a ideia milenar, de tradição hipocrática, de que a decisão do tratamento que há de se aplicar ao enfermo é de competência exclusiva do médico, passou a ser questionada. Já não se admite mais uma postura autoritária do profissional de saúde. O consentimento informado consiste na “decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos”³⁵¹.

Segundo Ligiera, o pleno exercício da autonomia relaciona-se intrinsecamente com a doutrina do “consentimento informado”. Para que o paciente possa exercer com autonomia seu direito de escolha de tratamento, antes deve ser suficientemente

³⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152

³⁴⁹ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 132.

³⁵⁰ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade Médica: diante da recusa de transfusão de sangue**. São Paulo: Nelpa, 2009, p. 159.

³⁵¹ CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. In: **Revista Bioética**. Conselho Federal de Medicina. Brasília, v. 3, n. 1, p. 51/59, 1995.

informado pelo médico a respeito das diversas terapêuticas disponíveis, juntamente com seus riscos e benefícios³⁵². Sobre este princípio, Maria Celeste Cordeiro comenta:

O princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. Esse princípio requer, por exemplo, que o médico respeite a vontade do paciente, ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças³⁵³.

Durante muito tempo, o médico sentiu-se dispensado do dever de obter o consentimento do paciente com o argumento de que o doente, afetado em seus aspectos psicológicos pela enfermidade, também era leigo no assunto, não possuindo conhecimento suficiente para decidir se desejava ou não um tratamento. Esta visão vem sendo superada com o surgimento da doutrina do consentimento informado. No que tange à relação deste princípio com o direito à autonomia, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, em comentário ao artigo 15 do Código Civil, afirmam:

O consentimento informado seria, portanto, a concordância do paciente, após uma explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica que inclua sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, protocolos atuais de tratamento, contraindicações, riscos e benefícios, métodos alternativos e nível de confidencialidade dos dados [...] Também é fundamental garantir a liberdade total do paciente para recusar o procedimento ou interrompê-lo em qualquer momento. E o mais importante: a obrigação do médico informar o paciente em linguagem adequada (não técnica) para que ele compreenda plenamente todas informações. [...] A exigência do consentimento informado corresponde a uma projeção especial do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes envolvidas não só uma perspectiva de confiança como uma obrigação de lealdade recíproca, além de deveres acessórios, como o dever de informar. Na prestação de serviços médicos, em que o paciente entrega seu bem-estar, saúde e ao mesmo tempo vida aos cuidados do profissional, tem tal importância este princípio que substitui o modelo de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual (liberal) por um dever de cooperação mútua, ao trocar o paradigma do indivíduo em sua autonomia privada pelo dever de solidariedade contratual³⁵⁴.

³⁵² LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade Médica: diante da recusa de transfusão de sangue**. São Paulo: Nelpa, 2009, p. 158.

³⁵³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O Equilíbrio do pêndulo**. A bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998, p. 43.

³⁵⁴ TEPEDINO, Gustav. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42-43.

Dos três princípios da Bioética, beneficência, autonomia e justiça, o primeiro deles é considerado o mais antigo da ética médica³⁵⁵. Segundo Ligiera, a visão da beneficência sempre foi paternalista, como se o paciente fosse pessoa incapaz de tomar decisões e fosse necessário protegê-lo de si mesmo, restringindo sua autonomia e submetendo-o a qualquer tratamento passivamente, como se fosse objeto de tratamento e não sujeito de direitos³⁵⁶. Entretanto, segundo Dworkin, deve ser privilegiada a liberdade de escolha individual de tratamento, pois:

Apesar de acreditarmos frequentemente que alguém cometeu um erro ao avaliar quais são seus interesses, a experiência nos ensina que, na maioria dos casos, nós é que erramos ao pensar assim. A longo prazo, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro³⁵⁷.

No campo dos direitos do paciente, cumpre perquirir se, com base na liberdade religiosa, pode o enfermo se recusar a um determinado tratamento médico que agrida sua crença ou a sua consciência. Em nosso entendimento, pouco importa o motivo pelo qual o paciente faz a recusa, pois ele tem o direito de seguir seus valores pessoais e conduzir sua vida em harmonia com eles. O princípio da dignidade implica no direito do ser humano em conduzir sua vida de acordo com seus valores, crenças, desejos e aspirações, a fim de buscar sua realização pessoal como indivíduo que possui autonomia e merece ser tratado condignamente³⁵⁸. Na linguagem filosófica, dignidade corresponde ao “princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio”³⁵⁹.

Por tudo isso, não se pode concordar com o Novo Código de Ética médica (Provimento CFM nº 1931/09) dispõe em seu art. 24 que é vedado ao médico deixar de garantir o direito do paciente decidir livremente sobre sua pessoa e bem-estar, mas o artigo 22 limita tal direito ao dizer que em caso de risco iminente de morte não é necessário o consentimento informado do paciente ou de seu representante legal. O

³⁵⁵ SANTOS, op. cit., p. 42.

³⁵⁶ LIGIERA, op. cit., p. 160.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 317.

³⁵⁸ LIGIERA, op. cit., p. 153.

³⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 155.

respeito à dignidade do paciente exige uma atitude tolerante frente à diversidade de opiniões, valores e crenças, envolvendo a valorização do seu direito de escolher o tratamento médico que entenda ser melhor para si mesmo, impedindo-se que qualquer médico afronte sua condição de pessoa humana autônoma³⁶⁰.

Pode-se fazer um paralelo da situação daquele que busca um curandeiro com a da pessoa que professa a religião Testemunha de Jeová e se recusam a receber qualquer tratamento médico que envolva transfusão de sangue. Aldir Soriano entende que havendo possibilidade de tratamento alternativo à transfusão de sangue, não haveria dúvidas de que deveria prevalecer a liberdade religiosa do paciente. Já quanto a transfusão se demonstra imprescindível, surgiria uma colisão de direitos, mais especificamente entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa³⁶¹.

Não partilhamos deste entendimento, em que o cidadão perde sua autonomia nos momentos mais críticos de sua vida, como nos em que há iminente perigo de vida. O respeito à liberdade e à autonomia pelo Estado deve ser incondicional desde que não haja risco de agressão a direitos fundamentais de outrem. A recusa ao tratamento deve ser respeitada mesmo nos casos em que não há como substituir a transfusão de sangue por outro tratamento alternativo.

Segundo parecer de Nelson Nery Junior³⁶², há uma falsa colisão de direitos fundamentais quando o paciente testemunha de Jeová recusa a transfusão de sangue, pois segundo Alexy, a colisão em sentido estrito ocorre “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”³⁶³. Quando ele se recusa ao tratamento, está exercendo seu direito público e subjetivo de liberdade de religião, conduta essa que não atenta contra direito fundamental de outrem. Também não há a colisão em sentido amplo com o bem coletivo direito à vida, que seria o interesse da sociedade na preservação da vida no

³⁶⁰ LIGIERA, op. cit., p. 153.

³⁶¹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 119-121.

³⁶² NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais**. Parecer. São Paulo: Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 2009.

³⁶³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

caso do curandeirismo, pois o paciente não se recusa a receber qualquer tratamento, mas apenas aquele baseado em evidências científicas. Segundo o citado parecerista, apenas haveria uma colisão de direitos caso a recusa de tratamento envolvesse uma doença epidêmica que pudesse ameaçar a ordem pública.

A questão adquire contornos mais delicados quando se trata de pacientes menores de idade, sujeitos ao poder familiar. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 227 ser “dever da família da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, “a saúde[...]”. Não há incompatibilidade entre a titularidade dos direitos fundamentais e a doutrina da proteção integral que permeia o Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso significa que a criança e o adolescente também possuem os mesmos direitos que um adulto, mas elevados a um maior grau de importância, devendo receber a plena proteção, a fim de que possa ser exercido pela pessoa que ainda não atingiu sua completa maturidade.

Os pais tem o dever de cuidar da saúde de seus filhos menores, mas isto não significa que não podem solicitar à equipe hospitalar a realização de tratamento médico sem sangue. Um tratamento que respeite a convicção religiosa do paciente tem maior chance de sucesso. A questão se torna mais difícil em pacientes recém-nascidos, pois não tem, evidentemente, convicção religiosa ainda, mas sofrerão preconceito em seu meio de vida, caso sobrevivam, por terem sido transfundidos. Convém lembrar o artigo 12 do Pacto de San José de Costa Rica, que trata da liberdade religiosa dispondo sobre a educação religiosa dos menores assentando que “Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”.

Sobre a relevância do tema para os adeptos desta religião, vale a pena transcrever trecho de artigo de Tereza Rodrigues Vieira e Erika Silvana Saquetti Martins³⁶⁴:

Ressalte-se que as mães Testemunhas de Jeová, desde a gestação, orientam espiritualmente seus filhos por meio da leitura de passagens bíblicas. Após o nascimento, as crianças, ainda na primeira infância, recebem ensino religioso nas respectivas congregações. À medida que crescem, são encaminhadas para a realização de trabalhos voluntários e

³⁶⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. MARTINS, Érika Silvana Saquetti. Menores Testemunhas de Jeová e os tratamentos alternativos à transfusão. In: **Revista Jurídica Consulex**. v. 262, p. 18-20, 2007.

estudos sobre a Bíblia, arraigando em seus corações as verdades extraídas do Livro Sagrado. Disso resulta a convicção dos jovens de que não devem receber transfusão de sangue. Por isso mesmo, forçá-los a aceitar o procedimento significa invadir todo o seu ser, pela supressão da capacidade moral que se afigura indispensável para o enfrentamento da provação, independentemente do seu desfecho [...]. É indubitável que a utilização de tratamentos alternativos que respeitem a consciência e a crença da pessoa doente influencia de forma positiva na recuperação. [...] Outrossim, de acordo com o Código Civil (artigo 1.634), compete aos pais, quanto aos filhos menores, representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. [...] Daí a importância de se delegar aos pais a responsabilidade pela opção do tratamento da saúde de seus filhos menores, sendo que no caso de transfusão de sangue, deve-se-lhes prestar todos os esclarecimentos sobre a doença de que são portadores, a terapia médica e medicamentosa sugerida e as alternativas que existem para se alcançar a cura. Afinal, não é justo buscar a manifestação do Judiciário sobre o tratamento cabível no caso concreto, dada a impossibilidade de se conhecer a formação da criança e suas convicções religiosas sobre a sacralidade do sangue, como entendem as Testemunhas de Jeová[...]. É importante, ainda, observar que a intervenção estatal por meio de mandado judicial que acolhe pedido médico para transfundir sangue em adulto contra a sua vontade ou em filhos de Testemunhas de Jeová, contrariando os pais, merece cuidadosa análise, sob pena de se violar frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim, sendo dever dos pais decidirem por seus filhos, parece que a solução mais adequada à proteção de sua dignidade seria respeitar a opção dos genitores de forma a receber o menor de idade o tratamento médico que não conflite com suas convicções religiosas.

Na maior parte dos casos, aliás, o que se constata é a união do método científico com o espiritual. Para ficar em apenas um exemplo célebre, o ex-presidente da República Luis Inácio Lula da Silva se tratou com os melhores médicos do Brasil no Hospital Sírio Libanês de um câncer, e ao mesmo tempo recebeu a visita de um médium conhecido por suas curas espirituais³⁶⁵. Na notícia, pode-se ler que o médium chamado João Teixeira de Faria, ou “João de Deus”, que mal sabe ler e escrever, é especializado em fazer cirurgias espirituais e atribuem-se a ele feitos como “fazer cegos enxergarem, reduzir tumores e conseguir que paraplégicos voltem a andar”.

³⁶⁵ Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,joao-de-deus-medico-que-cuida-da-alma-de-lula,846740,0.htm>>. Acesso em 22.04.2013.

A descrição da pessoa do médium e de seus feitos cai quase como uma luva na definição dada por Noronha aos curandeiros e citada acima, como “o indivíduo boçal e místico, entregando-se a práticas grosseiras, cuja clientela, em sua maior parte – entenda-se – é composta de gente rude, ignorante e analfabeta que o respeita e teme, preferindo-o ao médico mais competente da localidade”. No entanto, ao que se tem notícia, o médium “João de Deus” jamais foi incomodado pelas autoridades policiais ou pela Ministério Público por afastar suas vítimas do tratamento preconizado pela ciência médica ou por ferir o bem jurídico saúde pública.

Voltando ao caso das Testemunhas de Jeová, temos que lembrar que somente é admissível a restrição a um direito fundamental quando para fazer valer direito fundamental alheio que com ele conflite. Obrigar uma testemunha de Jeová a realizar um tratamento que fere sua convicção religiosa é uma ofensa à sua dignidade e liberdade de autodeterminação sem motivo constitucional que o autorize, pois sua recusa não conflita com direito fundamental alheio. Não há motivo, portanto, para a restrição da liberdade religiosa no caso.

O mesmo se dá com o crime de curandeirismo. Não há mais motivo constitucional para se incriminar a conduta daquele que vive de acordo com suas convicções religiosas acreditando que pode curar as pessoas com poções e garrafadas, exatamente como ocorria durante o período colonial. Ninguém é obrigado a abrir mão de suas convicções em matéria religiosa para viver de acordo com os ditames da ciência médica, mesmo porque ela mesma vive superando seus próprios dogmas. Lembre-se que a obrigação do médico de curar o enfermo é de meio e não de resultado, de modo que ele não pode garantir o resultado vida ou saúde por meio do tratamento baseado em evidências. Não raro, pacientes acometidos de câncer se submetem a tratamentos com graves efeitos colaterais para tentar, em vão, preservar sua saúde.

Diferente é o caso quando estamos diante de uma convicção religiosa insincera, que é usada como meio fraudulento para se aproveitar de outros em condição de desespero por problemas de saúde. O critério norteador para resolver estes casos não é o simples fato de haver ou não remuneração ao ato pseudoreligioso, mas a sinceridade das convicções religiosas. Neste caso, haverá inequivocamente crime de

estelionato e a sentença condenatória não estará em conflito com qualquer aspecto da liberdade religiosa resguardada pela Constituição Federal. Por todo o exposto, cremos ter nos desincumbido a contento da missão que nos propusemos de início. A de demonstrar as razões jurídicas que fundamentam nosso entendimento quanto à inconstitucionalidade do artigo 284, do Código Penal Brasileiro, bem como a possibilidade de aplicação do artigo 171, do mesmo Código, a fim de preservar a liberdade religiosa sem permitir que seus rituais sejam utilizados para a prática de crimes contra o patrimônio.

CONCLUSÃO

Diante do desafio de tratar do tema da liberdade religiosa em um mundo cheio de perseguições religiosas, procuramos traçar um conceito suficientemente amplo para religião a fim de evitar práticas discriminatórias.

A fim de não permitir o uso abusivo do direito fundamental à liberdade religiosa, como um argumento de venda comercial prometendo saúde, amor, dinheiro e desejos dos mais variados, concluímos que acertada foi a conclusão da Suprema Corte norte americana de que a escusa de consciência para não prestar serviço militar obrigatório somente é válida quando sincera. Caso contrário, permitir-se-ia que um direito fundamental fosse utilizado como forma de fraudar o patrimônio alheio. Em que pese ser de difícil detecção a fraude, é o preço que se paga por viver em um Estado Democrático de Direito, em que a liberdade de crença e culto é plenamente garantida.

Quanto ao crime de curandeirismo, trouxemos a opinião da doutrina e jurisprudência a fim de concluir pela sua total incompatibilidade com o preceito constitucional da liberdade religiosa. Uma democracia somente se demonstra verdadeira quando proteger não somente as atitudes amparadas pela opinião da maioria (católica no Brasil), mas em garantir que as atitudes das minorias sejam igualmente respeitadas. Como visto, a liberdade de culto inclui o direito de viver de acordo com suas crenças e não somente o direito de realizar rituais e liturgias em homenagem à divindade. O Brasil teve uma formação religiosa sincrética desde o início, reflexo do sincretismo religioso que reinava na Europa à época do Descobrimento.

Tal sincretismo não foi apagado pelo trabalho missionário dos jesuítas e as tradições de índios e negros foram mantidas através dos séculos. Disto resultou o nascimento da religião umbandista, que combinou elementos do catolicismo com os cultos africanos. Até a revogação da Constituição do Império em 1890, o Brasil tinha uma religião oficial e até hoje majoritária, a católica. Por conta disto, as religiões minoritárias e consideradas mais primitivas, tais como as de origem africana e indígena, sempre foram vistas com reservas, como algo a ser extirpado de nosso povo a fim de

promover o progresso da nação. Esta convicção se reflete na maioria dos julgados analisados, que recusa considerar o chamado *baixo espiritismo* uma manifestação religiosa sincera. Entretanto, não há nenhuma incompatibilidade entre o conceito de religião e a oferta de tratamentos de saúde. A própria religião católica oferece benzimentos tradicionalmente.

Por outro lado, não há nenhuma ofensa à saúde pública em permitir que o curandeiro pratique livremente sua crença de curar os outros por meios não convencionais nem científicos, pois o indivíduo tem o direito de se recusar a realizar algum tratamento, por meio do consentimento informado. Este direito não deixa de valer nem em caso de iminente perigo de vida e é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. A pessoa não deixa de ter autonomia por estar em situação debilitada e em risco de morrer.

O direito fundamental à liberdade religiosa assegura um direito “prima facie” que se torna definitivo, em face da ausência de colisão com quaisquer outros direitos, pois se trata no caso da liberdade religiosa e da saúde do mesmo indivíduo. Somente haveria um conflito se o exercício da liberdade religiosa em seguir orientações do curandeiro não tem reflexos negativos sobre os direitos fundamentais de nenhum outro titular. Sendo o bem jurídico protegido a saúde pública, somente haverá ofensa quando o tratamento for necessário para evitar a propagação de doença epidêmica que provoque risco à saúde de outros. Ainda assim, o que poderia ser feito é obrigar o paciente a se tratar, não incriminar a conduta do curandeiro que exerce de forma sincera uma religião. Deve-se ponderar ainda que a ciência médica não garante resultados de forma inexorável, a obrigação do médico é apenas de empregar seus conhecimentos e métodos de forma diligente. A medicina não é uma ciência exata e não garante a cura de nenhum paciente. Muitas vezes a determinação do paciente e sua vontade em se curar são determinantes para o sucesso do tratamento. Frequentemente só se atinge esta determinação em viver por meio da crença do paciente em uma divindade.

Deve-se considerar também que a liberdade de culto abrange não somente praticar rituais em homenagem à divindade, mas também o de viver de acordo com os preceitos de conduta pregados por sua convicção religiosa. Tendo o cidadão direito de

viver de acordo com as suas crenças e de recusar determinados tratamentos que não são preservariam com certeza sua saúde, não sobra qualquer justificativa para amparar a constitucionalidade do crime de curandeirismo. A única exceção, repita-se, é quando o não tratamento do paciente configura risco de propagação de doença epidêmica, mas ainda assim não há necessidade de se incriminar a conduta do curandeiro.

Quando detectada a má-fé do curandeiro em se valer de crenças nas quais não acredita para lesar o patrimônio alheio, se está diante de outro crime, o de estelionato. Existem verdadeiras fraudes praticadas invocando-se falsamente alguma fé, e tais práticas devem ser reprimidas, pois não se encontram dentro do âmbito de aplicação do direito fundamental à liberdade religiosa. A prova da fraude nesses casos é substancialmente dificultosa, ainda mais nos casos das chamadas religiões de transe, em que o agente pode alegar que quem comandou sua vontade foi uma entidade e não o próprio infrator. Em que pese a dificuldade, o Estado juiz não pode se furtar a esta tarefa, pois somente agindo assim estará protegendo a liberdade de culto sem deixar de tutelar o bem jurídico patrimônio nos casos em que detectada a fraude.

Em síntese, o direito fundamental à liberdade religiosa compreende dentre seus aspectos a liberdade de culto. Esta, por sua vez, envolve não apenas a prática de atos e liturgias em homenagem à divindade, mas o direito de viver de acordo com suas crenças, conduta esta que deve ser respeitada pelo Estado. O crime de curandeirismo se torna inconstitucional ao incriminar práticas de pessoas que vivem de acordo com sua religião, ainda que minoritária, praticando curas espirituais, pois o Estado não pode tipificar criminalmente conduta amparada pela Constituição Federal, em seu rol de direitos fundamentais. Entretanto, quando a religião for utilizada como meio fraudulento, de forma insincera, apenas para obter vantagem indevida, é legítima a atuação do Estado processando criminalmente o indivíduo por estelionato.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ABBEVILLE, Claude d'. **História da missão dos padres capuchinhos na ilha do Maranhão**. São Paulo: Martins, s.d.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. **Liberalismo político, Constitucionalismo e Democracia. A questão do ensino religioso nas escolas públicas**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

ALMEIDA, Fortunato de. **História da Igreja em Portugal**. Porto: Portucalense, Damião Peres, 1967.

ARRIBAS, Célia da Graça. **Afinal, espiritismo é religião?** Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BASTIDE, Roger. **Les religions africaines au Brésil – Vers une sociologie des interpretations de civilisations**. Paris: PUF, 1960.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 787, jul. 2001, p. 493-507.

BELLANGER, François. **Sectes, religions et dérives sectaires in L'Etat face aux derives sectaires**: actes du colloque du 25 novembre 1999. Genève, Helbing & Lechtenhann: Faculte du Droit de Genève, 2000.

BERKENBROCK, Volney J. **A experiência dos orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no candomblé**. Petrópolis: Vozes, 1998.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito à tradição e os direitos humanos.** São Carlos: Sequência (UFSC), v. XXXI, p. 309-330, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** Vol. IV, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTENCOURT FILHO, José. **Matriz Religiosa Brasileira.** Petrópolis: Vozes, 2003.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). **Em defesa das liberdades laicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BROWN, Diana. Uma História da Umbanda no Rio. In: **Cadernos do ISER. Umbanda e política.** Rio de Janeiro: ISER e Ed. Marco Zero, n. 18, jul. 1985.

BROWNSTEIN, Alan. La proteccion outorgada por la Constitucion de los Estados Unidos a las creencias religiosas y a los grupos religiosos. In: **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico.** v. 41, n. 178-179-180, 1991, p. 15-7.

CALAINHO, Daniela Buono. **Metrópole das mandingas: religiosidade negra e inquisição portuguesa no Antigo regime.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

CAMARGO, Candido Procópio Ferreira de. **Católicos, protestantes, espíritas.** Petrópolis: Vozes, 1973.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. Le livre des esprits na Manchester mineira (a modernidade do espiritismo face ao conservadorismo católico nas primeiras décadas do século em Juiz de Fora). In: **Revista Rhema.** Juiz de Fora: Instituto Teológico Arquidiocesano, v. 4, n. 10, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____ ; MOREIRA, Vital. **Direito constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____ ; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Parte geral.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDINI, Franco. **Magia, stregoneria, supersitizioni nell'Occidente medievale.** Firenze: La Nuova Italia, 1979.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. In: **Revista Bioética.** Conselho Federal de Medicina. Brasília, v. 3, n. 1, p. 51/59, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COLLIARD, Claude Albert. **Libertés publiques.** 4ª ed. Paris: Dalloz, 1979.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo.** São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à colônia.** 4ª ed. São Paulo: Fundação *Editora* da UNESP, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código penal,** v. 3. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito penal.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRETELLA JR., José. **Comentários à constituição brasileira de 1988.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Liberdades públicas.** 4ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal,** v. 3. Coord: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** V. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

DÓRIA, Antonio de Sampaio. **Os direitos do homem.** 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1942.

DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores).

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTEFAM, André. **Direito Penal.** v. 3, São Paulo: Saraiva, 2011.

EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. **Antropologia social da religião**. Tradução de Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Campus, 1978.

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro**. v. 4, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FÁVERO, Flaminio. **Exercício ilícito da medicina – O novo Código Penal**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1942.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do parágrafo 1º do art. 210 da CF. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 5, n. 20, p. 19-47, jul/set., 1997.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Wolfgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais – comentários ao artigo 5º da CF/88**. São Paulo: Edipro, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, Estado e Direito. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v. 3, n. 2, p. 81-89, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional**., 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal – parte especial**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRAZER, James. **O rumo de ouro**. São Paulo: Círculo do Livro, 1982.

FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. v. 21. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala – Formação da família brasileira sob regime de economia patriarcal**. 9ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da Ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. V. 1. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

_____. **Curso de direito penal**. Parte especial. V. IV. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

HUBERT, Herbert. MAUSS, Marcel. Esboço de uma teoria geral da magia. In: **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: EPU - Edusp, 1974, vol. I.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 6, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ISAIA, Artur Cear. Umbanda e Nacionalismo No Brasil. In: **Revista Teocomunicação**. Porto Alegre: v. 27, n.115, mar. 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. 1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito penal**, v. 3, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LANARES, Pierre. **Liberte religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public general: these presente a l'universite**. Roanne: Horvath, 1964.

LAYCOCK, Douglas. Theology scholarships, the pledge of allegiance and religious liberty: avoiding the extremes but missing the liberty. In: **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 118, n. 1, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade Médica: diante da recusa de transfusão de sangue**. São Paulo: Nelpa, 2009.

LIMA, Roberto Kant De. Por uma antropologia do direito, no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de. MISSE, Michel (org.). **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPEZ CASTILLO, Antonio. Acerca del derecho de libertad religiosa. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. v. 19, n. 56, mar/ago. 1999, p. 88-9.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra. n. 72, 1996, p. 213-5.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Magic, Science and Religion**. New York: Doubleday, 1954.

MARQUES, Antonio Henrique de Oliveira. **A Sociedade Medieval Portuguesa**. 4ª ed. Lisboa: Sá da Costa, 1981.

MARTINS, Érika Silvana Saquetti. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Menores Testemunhas de Jeová e os tratamentos alternativos à transfusão. In: **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, v. 262, p. 18-20, 2007.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2005.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO E SOUZA, Laura de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÉTRAUX, Alfred. **A religião dos Tupinambás**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1950.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Manual de direito penal**, v. 3, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Jorge. A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojeto de 1997. In: **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. EDIPUCRS, Vol. 21, Ano XXII, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOREIRA, Vital. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MOUTOUH, Hugues. RIVERO, Jean. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NERI, Marcelo Côrtes. **Novo Mapa das Religiões**. Disponível em http://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf. Acesso em 23.03.2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais.** Parecer. São Paulo: Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 2009.

NEUTRAL rules of general applicability: incidental burdens on religion, speech and property. **Harvard Law Review.** Cambridge, v. 115, v. 6, apr. 2002, p. 1721-2.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** Vol. IV, 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NOVINSKY, Anita. **Cristãos Novos na Bahia: A Inquisição no Brasil.** São Paulo: Perspectiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica.** Bauru: Jalovi, 1980.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral,** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PIERRE CAPS, Stephane. Les nouveaux et le droit public. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger.** Paris, n. 4, jul/ago. 1990.

PIERUCCI, Antonio Flávio. Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na Constituinte. In: PIERUCCI, Antonio Flávio. PRANDI, Reginaldo. **A Realidade Social das religiões no Brasil: Religião, Sociedade e Política.** São Paulo: Hucitec, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos.** São Paulo: Saraiva, 1979.

RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBERT, Jacques. **Droits de l'homme et libertés fondamentales.** 5 ed. Paris: Montcherstein, 1993.

ROCHA PINHEIRO, Douglas Antônio. **Direito, Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11).

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O Equilíbrio do pêndulo.** A bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). **Em defesa das liberdades laicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 189-201.

SARTRE, Jean-Paul. **Reflexões sobre o racismo.** São Paulo: Difel, 1960.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

SEFERJAN, Tatiana Robles. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988.** Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de direito penal**, v. 3, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA, Deis. **As novas religiosidades no Ocidente: Brasília, cidade mística.** Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

SIQUEIRA, Sonia. **A Inquisição portuguesa e a sociedade colonial.** São Paulo: Ática, 1978.

SODRÉ, Muniz. **A verdade seduzida (por um conceito de cultura no Brasil).** 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1988.

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

SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas.** Madrid: Tecnos, 1990.

TEPEDINO, Gustav. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

THOMAS, Keith. **Religion and the decline of magic – Studies in popular beliefs in XVIth century England**. 4 ed., London, Widenfield and Nicolson, 1980.

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 2nd Ed. New York: The Foundation Press, 1988.

VELHO, Gilberto. **Projeto e Metamorfose: antropologia das sociedades complexas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. MARTINS, Érika Silvana Saquetti. Menores Testemunhas de Jeová e os tratamentos alternativos à transfusão. In: **Revista Jurídica Consulex**. v. 262, p. 18-20, 2007.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2009

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. 2^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.