

4

LIBERDADE RELIGIOSA E ABUSO DO PODER RELIGIOSO

RELIGIOUS FREEDOM AND ABUSE OF RELIGIOUS POWER

José do Carmo Veiga de Oliveira¹
Leonardo Henrique Boy de Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de examinar o tema proposto – Liberdade Religiosa e Abuso de Poder Religioso –, iniciando sua análise a partir da tripartição de poderes em Montesquieu. É inquestionável que o Estado em sua condição de laico deve, efetivamente, ser analisado de modo que não se pode desconsiderar a possibilidade de um Estado adotar uma religião oficial, renunciando à sua condição de laico, embora o direito à liberdade religiosa seja um elemento integrante da dignidade da pessoa humana. Daí, é evidente que a separação entre os dois entes – Estado e Igreja – deve ser analisada. No entanto, o poder religioso sempre foi algo extremamente relevante numa sociedade em qualquer de suas épocas ou conformações. Mas, nos últimos tempos tem se tornado frequente a cessão de espaços nas liturgias religiosas para que políticos ou candidatos a cargos eletivos dirijam-se aos fiéis ou membros das múltiplas denominações

¹ Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP. Post-Doctor en Derecho – Universidad de Salamanca (España). Professor de Direito Constitucional e Processual da Pós-Graduação e de Direito e Religião da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP. Membro da Academia Mackenzista de Letras – SP. Membro da Academia Paulista de Direito. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo.

² Acadêmico de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo.

religiosas, o que vem encontrando certa resistência sob o rótulo de “abuso do poder religioso”, suscitando inclusive a possibilidade de ocorrer a vedação dessa prática como alternativa à adoção de medidas mais intensas para se coibir essas ocorrências.

Palavras-chave: Poderes. Laicidade. Estado. Igreja.

ABSTRACT

The present work has the purpose of examining the proposed theme – Religious Freedom and Abuse of Religious Power –, starting its analysis from the tripartition of powers in Montesquieu. It is unquestionable that the State in its secular condition must, in fact, be analyzed in such a way that the possibility of a State adopting an official religion cannot be disregarded, renouncing its secular status, although the right to religious freedom is an integral element of the dignity of the human person. Hence, it is evident that the separation between the two entities – State and Church – must be analyzed. However, religious power has always been something extremely relevant in a society in any of its eras or conformations. But, in recent times, it has become frequent to give up spaces in religious liturgies so that politicians or candidates for elective positions address the faithful or members of multiple religious denominations, which has encountered some resistance under the label of “abuse of power religious”, even raising the possibility of the prohibition of this practice as an alternative to the adoption of more intense measures to curb these occurrences.

Keywords: Powers. Secularity. State. Church.

SUMÁRIO: 1. A tripartição de Poderes em Montesquieu. 2. Estado laico. 2.1. A separação entre Estado e Igreja. 2.2. A vedação constitucional: Estado x relações religiosas. 3. O Direito à liberdade religiosa como um elemento integrativo da dignidade da pessoa humana. 4. O poder religioso. 5. O abuso do poder religioso e as eleições. 5.1. Os púlpitos das igrejas a serviço das eleições no Brasil. 6. O ativismo judicial e o colapso da separação dos Poderes no Brasil. 7. A inconstitucionalidade das tipificações criadas por decisões judiciais do STF. 7.1. Os antecedentes constitucionais criados pelo STF – homofobia X racismo. 8. A criação do *Ilícito Eleitoral de Abuso de Poder Religioso* pelo TSE. 9. O perigo dos precedentes judiciais vinculantes do Processo Civil aplicável ao Direito Eleitoral por extensão. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. A TRIPARTIÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU

Montesquieu em seu célebre livro “Do Espírito das Leis”, escreve muito sobre a liberdade. Segundo o autor:

Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e não em ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. (...) a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; (...)³

Após descrever alguns de modelos de governo e tecer suas opiniões sobre cada um deles no que diz respeito a manutenção da liberdade do povo, o Autor chega à conclusão no sentido de que o melhor estilo de governo, seria o que mais protege “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. A partir disso, ele passa a explicar a tripartição de poderes.

De acordo com o filósofo, o Poder Legislativo deve ser composto por duas casas. Uma casa formada pelos nobres e a outra formada por representantes eleitos pelo povo. Ambas têm seus interesses, deliberações e suas assembleias, e são responsáveis por criar, derrogar ou modificar as leis do Estado.

O Poder Executivo deve ficar nas mãos do Monarca. De acordo com Montesquieu, como a atuação desse poder é muitas das vezes necessária de forma imediata, melhor seria administrado por uma pessoa apenas, e não por várias. Esse poder tem a função de promover a paz e a guerra, além de manter a relação com os outros Estados.

Esses dois Poderes, Executivo e Legislativo, devem sempre estar em cooperação mútua. O primeiro, não deve interferir nos debates que ocorrem no segundo, mas deve sempre colaborar, ao final, vetando ou concedendo as propostas feitas pelo poder legislador. Por outro lado, o Legislativo deve sempre fiscalizar a atuação do Executivo, no sentido de verificar a correta aplicação da Lei.

O poder de julgar, por sua vez, não deve ser permanente, nem fixado a determinada pessoa ou grupo de pessoas. Segundo Montesquieu, o fato de alguém encontrar-se investido desse poder, permanentemente, pode estimulá-lo a tornar-se um déspota, visto que todos os príncipes que almejam isso, começaram reunindo em si mesmos

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

essa atribuição. Portanto, para evitar esse estímulo, em certos períodos do ano, pessoas escolhidas no meio do povo de acordo com o previsto em lei, devem formar um tribunal para julgar os conflitos existentes. Assim, o poder de julgar não estará ligado a uma certa profissão, condição, ou até mesmo a uma única pessoa. Será invisível e nulo. Logo, não haverá motivo para temer o Magistrado, e sim, a Magistratura.

Montesquieu observa, entretanto, que para questões envolvendo nobres, apenas outros nobres poderiam julgá-los. Por estarem em uma posição com maiores privilégios do que a maioria da população, por consequente, os membros do Tribunal Ordinário, sempre estariam sujeitos à inveja. No Estado Livre todo cidadão tinha o direito de ser julgado por seus pares, então, para manter esse preceito e para garantir a imparcialidade dos julgamentos, os lordes deveriam ser julgados pela Câmara dos Lordes, apesar de o Legislativo não ter, em geral, competência para julgar, salvo em situações como essa prevista em lei.

Nesse contexto, podemos observar que todos os Poderes têm suas respectivas áreas de atuação, são independentes e exercidos por órgãos distintos, mas harmônicos entre si. Não invadem a área de atuação um do outro, mas servem como pesos e contrapesos, para que o Poder freie o próprio Poder, evitando, assim, abusos que poderiam ameaçar, se não acabar com a liberdade do povo.

Valendo-se dessa teoria, Montesquieu fez críticas ferrenhas ao governo absolutista francês, famoso por seus abusos. Além disso, estimulou ainda mais o sentimento de revolta da população, resultando na Revolução Francesa, em 1789, derrubando a monarquia absolutista e instaurando o parlamento.

2. ESTADO LAICO

Ao se mencionar o tema que se encontra em voga nos vários níveis sociais do conhecimento – “estado laico” –, e que muitas vezes é divulgado de maneira equivocada, intencionalmente ou não, chama a atenção de muitos dos leitores e ouvintes, porque nem sempre se tem a exata dimensão do que isso representa em nível religioso e, menos ainda, em se tratando de disposição de natureza constitucional.

Todavia, é de se trazer a lume um aspecto que é de suma importância para o contexto social brasileiro. Poucas pessoas da maioria esmagadora da população brasileira talvez, nem de longe, teria a correta

compreensão do que significa o termo jurídico-constitucional “estado laico”. O fato é que se pode dizer, de modo bem resumido, que o “estado laico” é aquele Estado que não adota uma religião oficial, inserido ou não no texto constitucional.

O Brasil Imperial adotava a “Religião Católica Apostólica Romana” como a sua “religião oficial”, de modo que todas as demais religiões eram “toleradas” porque, sistematicamente, o Brasil necessitava, como ainda hoje, de investimentos externos para efeito de dar prosseguimento à sua condição de Estado, na ocasião, como ex-colônia de Portugal.

Por isso mesmo, foram admitidas as imigrações para que os estrangeiros vindos para o Brasil, pudessem ser recepcionados, trazendo consigo as suas preferências e costumes religiosos. A partir de então, foi-se expandindo o princípio de que as novas denominações religiosas estariam autorizadas a promover a construção de seus respectivos templos, porém, com aparência externa que não permitisse qualquer semelhança com os templos da religião oficial do Estado brasileiro⁴.

Resta, pois, evidente, que essa restrição tinha o propósito de preservar a própria liberdade religiosa e que, exatamente por isso, era “vedado” esse padrão de construção, para que não houvesse nenhum tipo de dificuldade para se distinguir o templo católico das outras denominações que, a seu turno, tinham origem eminentemente protestante, a despeito das suas variadas liturgias e pregações evangélicas, já naquela ocasião.

Mais um aspecto que muito favoreceu a multiplicidade cültica no Brasil Império foi exatamente a imensa extensão territorial, de modo que não havia grandes concentrações de pessoas nas cidades, e que nem sempre as várias denominações se instalavam nas mesmas cercanias, mas tinham pontos específicos para a edificação de seus templos. Uma grande demonstração disso foi exatamente a preferência por regiões do Brasil que tivessem semelhança com os seus países de origem. Isso possibilitou que os imigrantes preferissem, uns os estados do Sul do Brasil, outros, mais para o Sudeste, ou mesmo o Nordeste.

⁴ “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo” (grafia original).

De todo o modo, o fato é que a diversidade religiosa foi se instalando no Brasil e quando se decidiu pela Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, já existia uma consolidação de várias denominações protestantes, permitindo, dessarte, uma multiplicidade de cultos, inclusive de línguas diversificadas, como o italiano, com o catolicismo, o alemão, com o luteranismo, o inglês, com o presbiterianismo e o metodista e, posteriormente, o batista.

Em 07 de janeiro de 1890, a exatos 57 dias da Proclamação da República, o então Presidente Marechal Deodoro da Fonseca, assinou o Decreto nº 119-A⁵, da lavra de Ruy Barbosa e, assim, estabeleceu a liberdade religiosa no Brasil, de modo que se instalou o chamado “estado laico”, vez que todas as religiões foram autorizadas a se estabelecer, oficialmente, no País e, dessa forma, encerrou-se o ciclo relativo à “religião católica apostólica romana” como a religião oficial do novo Brasil Republicano⁶.

Da mesma forma, o artigo 2º, do referido Decreto nº 119-A, estabeleceu que:

a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.⁷ (grafia original)

A seu turno, o artigo 3º, do mesmo Decreto nº 119-A, clara e precisamente, utilizou a palavra “liberdade” para que se pudesse, então, de modo definitivo, assegurar que:

A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tambem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.⁸ (grafia original)

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm.

⁶ “Art. 1º É prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas” (grafia original).

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm.

⁸ *Ibidem, idem.*

É evidente que nesse particular, não haveria, definitivamente, qualquer tipo de intervenção do Poder Público, já que se permitiu a todos, indistintamente, a constituição e convivência coletiva, de conformidade com o seu respectivo credo e, ainda, a sua disciplina, vedada ao Poder Público qualquer espécie de intervenção no exercício da liberdade religiosa dos seus respectivos cultores.

No artigo 5º, do referido Normativo, adotou-se a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 5º – A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade jurídica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o domínio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.⁹ (grafia original)

A partir da redação do texto do artigo 5º, do mencionado Diploma Legal, todas as religiões e confissões religiosas, foram reconhecidas como titulares de personalidade jurídica, o que lhes permitia, doravante, adquirir bens e promover a sua respectiva administração, sob os limites estabelecidos pelas leis concernentes à propriedade de mão morta, assegurando-se a cada uma a titularidade de suas propriedades, além de seus edifícios de culto.

Por fim, o referido Decreto nº 119-A, assegurou que o Governo Federal continuaria com o encargo de prover a cômputo ou, a remuneração dos que trabalhavam na celebração dos cultos católicos, sustentando os serventuários e subvencionando por ano as cadeiras dos seminários, permitindo que cada Estado, livremente, tivesse a liberdade de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção ao texto dos dispositivos que antecederam o artigo 5º, do mencionado Normativo, revogando-se, pelo texto do artigo 7º, as disposições em contrário.

É bom frisar que o Decreto nº 119-A foi revogado pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991 e, posteriormente, “revigorado” pelo Decreto nº 4.496, de 04 de dezembro de 2002, que restabeleceu a sua vigência no território nacional. Importante ressaltar que no Brasil não existe a previsão de um normativo ser “revigorado”, pois, não se aplica no contexto da legislação brasileira o conhecido efeito de “represtinação”,

⁹ *Ibidem, idem.*

isto é, trazer à vigência um dispositivo ou normativo revogado anteriormente, por outro que lhe fez cessar a sua vigência, o que se constitui de grave atecnia ao ordenamento brasileiro.

Com a promulgação da Primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, todos os dispositivos constantes do Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890, foram recepcionados e, assim, consolidou-se, em definitivo, todo o texto que instituiu a liberdade religiosa no Brasil, adotando, de vez, a liberdade religiosa no território brasileiro.

Doravante, todas as demais Constituições brasileiras mantiveram a liberdade religiosa como sendo direito fundamental de todo cidadão, brasileiro ou estrangeiro, residente no Brasil, o que se constata desde 1934, 1937, 1946, 1967 com a Emenda Constitucional de 1969 e, finalmente, a de 1988, a conhecida “Constituição Cidadã”.

Nessa última – a de 1988 – conforme dispõe em seu artigo 1º, incisos II e III, foi assegurado o direito à cidadania, no sentido de que cidadão é todo aquele que tem o direito de reivindicar os seus “direitos” e ser reconhecido como seu “titular”, além de que se encontra essa garantia contida na “dignidade da pessoa humana”, como alternativa para efeito de se fazer preservar a condição de pessoa humana em todos os momentos e circunstâncias da vida de toda e qualquer pessoa, visando, exatamente, assegurar os valores próprios que a Ordem Constitucional estabeleceu na sua redação.

A seu turno, nos incisos VI, VII e VIII, do artigo 5º, da Carta Constitucional de 1988, foram elencados dispositivos que cuidam, expressamente, a respeito da inviolabilidade da liberdade de consciência e crença¹⁰, prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva¹¹, além de que, ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, com autorização expressa no sentido de que poderá eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada por lei¹².

¹⁰ “VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...).”

¹¹ “VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; (...).”

¹² “VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...).”

Isso porque o Brasil não possui e nem estabeleceu quanto aos direitos fundamentais a exigência ou imposição de que todos os brasileiros ou estrangeiros que adotassem o Estado brasileiro como seu território e nele fixasse o seu domicílio ou moradia, tivesse que adotar uma crença ou fé, prestando culto a uma divindade de qualquer origem ou credo religioso.

2.1. A SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E IGREJA

Esse tema constitui-se, talvez, do mais relevante em termos de se assegurar às pessoas, em todas as suas perspectivas, o que sempre teve maior repercussão na vida social e econômica dos povos, ao longo de toda a história da humanidade, em virtude de várias situações que se desencadearam desde os seus primórdios.

Isso se deve ao fato de que, a partir do momento em que o homem entendeu que poderia exercer o poder e que essa atuação estaria pautada por uma regra de conduta a favor ou contra uma determinada postura social, não hesitou e desde tempos imemoriais, ocupou-se dessa “atividade” como meio coercitivo em relação aos povos de toda a história da humanidade.

Fustel de Coulanges narra em seu “Cidade Antiga” que os pagãos colocavam “imagens” sobre os seus limites de propriedade como se esses “ídeos” fossem os seus vigilantes para se evitar que os vizinhos invadissem terras alheias, apropriando-se delas.

Vê-se, por conseguinte, que ao longo dos séculos a “divindade”, qualquer que seja, sempre foi um marco na História de todos os povos, ainda que fosse um “deus” a quem se prestasse culto ou rendesse oferendas, para buscar algum favor em que se acreditasse ser possível a sua acolhida.

No entanto, com o passar dos séculos, esse tipo de conduta foi se transformando em religiões pagãs, por meio das quais até mesmo sacrifícios humanos eram prestados a essas “divindades”, não fossem suficientes aqueles morticínios praticados contra animais.

Há registros bíblicos em que o conhecido “homem natural”, ou seja, aquele que ainda não fez uma opção religiosa ou que não conheceu a Deus, tinha plena liberdade de adotar qualquer “deus e adorá-lo”, conforme nos revela o Profeta Isaías, no capítulo 40, versos 19 e 20, trazendo à memória a seguinte narrativa: “O artífice funde a

imagem, e o ourives a cobre de ouro e cadeias de prata forja para ela. O sacerdote idólatra escolhe madeira que não se corrompe e busca um artífice perito para assentar uma imagem esculpida que não oscile”.

A despeito disso, é de verificar que com o passar dos séculos houve, na verdade, uma alternância na disputa de poder entre Estado e Igreja, de modo que era compreendido que o Estado existia por determinação de Deus, sendo o “rei” instituição divina e por isso todo o poder que era exercido pelo soberano decorria de concessão do próprio Deus. Era o tempo do chamado Estado Teocrático.

De outro lado, havia uma posição que foi se arraigando a partir do momento em que o Papa assumiu as “chaves” dos céus e, por isso mesmo, tornou-se o soberano senhor da Igreja, tomando a dianteira em vários assuntos e temas relevantes para a vida em sociedade. Chegou até mesmo à liderança de exércitos papais para controlar e combater as heresias, quando então foram instituídas as famosas “Santas Inquisições”.

No século XIV passou-se a identificar um certo sentimento de indignação com o governo de Roma, de modo que, a partir daí, vários homens cultos e estudiosos da Palavra de Deus passaram a discordar publicamente do que estava se desenvolvendo em termos de descontentamento com a pregação do Evangelho e, por isso mesmo, insurgiram-se contra esse estado de coisas, diante de situações que estavam escancaradamente distorcendo a mensagem do Verdadeiro Evangelho.

Em 1518, um monge agostiniano – Martinho Lutero – ao se deparar com a cobrança de indulgências – o típico perdão mediante o pagamento de determinada quantia à Igreja – sob a promessa de que poderiam ser resgatados do inferno os mortos daqueles que assim o fizessem – rebelou-se contra esse estado de coisas e, no dia 31 de outubro de 1518, afixou na porta da Capela de Wittemberg, na Alemanha, as suas 95 teses, deflagrando-se o processo de seu despojamento da condição de sacerdote da Igreja Católica.

Houve um grande período de lutas e batalhas, com a morte de centenas e centenas de pessoas, ao final, houve uma grande conquista, pautada no argumento de que quando o Príncipe aderisse à religião local, todos estariam submetidos a ela e, assim, obtiveram um grande resultado. A partir daí, cessaram as batalhas internas.

Esse foi, seguramente, o primeiro passo para que se estabelecessem os alicerces de separação entre Estado e Igreja. Viveram nessa época dois artífices dessa construção: Martinho Lutero, na Alemanha e João Calvino, em Genebra, na Suíça. Eles não chegaram a se encontrar pessoalmente, mas suas correspondências mostram que tinham objetivos idênticos, porém, com métodos distintos. Ao final, não conseguiram se ajustar e, assim, cada um seguiu o seu caminho na busca da consolidação da separação entre Estado e Igreja, ou, separação entre o poder terreno e o poder espiritual.

Para a Igreja Reformada de Genebra, Alemanha, França, Holanda e Escócia, a relação entre Estado e Igreja, foram fixados os pontos de convivência entre os dois órgãos – religioso e civil – de modo que o magistrado não poderia introduzir novos artigos de fé, ou novos ritos ou modos de culto, bem como não poderia administrar a Palavra e os sacramentos, nem possuiria o poder das chaves. Também não poderia prescrever aos pastores a forma de pregação ou administração dos sacramentos e nem poderia decidir sobre assuntos eclesiásticos, ou mesmo sobre controvérsias da fé, sem consultar os pastores¹³.

Desta forma, o Estado e a Igreja passaram a conviver com uma certa tranquilidade, de modo que se estabeleceu essa relação com equilíbrio e as Constituições dos países democráticos adotaram textos por meio dos quais foram estabelecidas as regras básicas de convivência, separando-se o Estado da Igreja, permitindo-se a continuidade de suas atividades em seus respectivos governos ao longo dos séculos que se seguiram.

2.2. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTADO X RELAÇÕES RELIGIOSAS

No Brasil existe uma clara delimitação entre as instituições Estado e Igreja, de modo que encontram-se numa posição de tranquilidade em definição quanto ao papel a ser desenvolvido por ambas as forças de poder.

Como visto alhures, o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabeleceu um dos fundamentos

¹³ Disponível em: <https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#search/charles+hodge/QgrcJHsBrmsKNhvTbGNzHGfXdbRqzsKWmL?projector=1&messagePartId=0.1>.

da República – a dignidade da pessoa humana – e, em consequência, não se pode, definitivamente, abandonar essa premissa. Isso porque o ponto fulcral desse inciso reside exatamente no fato de se considerar a pessoa humana como um dos pilares a sustentar a própria existência das pessoas em sociedade.

De outro lado, o artigo 5º, da mesma Carta Constitucional, apresenta em seu texto um longo rol em que elenca um imenso catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais. Entre eles, nos incisos VI, VII e VIII, encontra-se a liberdade religiosa, de modo que não se pode partir da premissa de que esses requisitos serão negligenciados como alternativa ao desrespeito à liberdade religiosa.

Não fosse isso o bastante, o artigo 19, inciso I, da mesma Ordem Constitucional estabeleceu, *in verbis*:

Art. 19 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (...).

Desta forma, pois, está lançada a vedação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no sentido de não se permitir a celebração de cultos entre as pessoas jurídicas de direito público interno e as Igrejas. Restou, ainda, a vedação no sentido de que, além de não se poder estabelecer cultos religiosos ou igrejas, também não poderia subvencioná-los, e menos ainda, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvando, por evidente, a possibilidade de haver entre eles colaboração de interesse público e, claro, em benefício da população.

É inquestionável, a seu turno, o fato de que as Igrejas adentram e trabalham em locais onde a *longa manus* do Estado não alcança e assim o faz em benefício da população, de modo a assegurar-lhe, inequivocamente, um determinado tipo de assistência que ao Estado é vedado, ou seja, o caráter religioso, em virtude de se tratar de uma vedação expressa no Texto Constitucional de 1988.

É evidente, por outro lado, que ao Estado não compete esse tipo de trabalho ou de assistência ao povo. No entanto, não se pode esquecer que o mesmo dispositivo constitucional que proíbe esse tipo de relacionamento, é o mesmo que autoriza a colaboração entre Estado e Igreja em benefício da população, já que a vedação é limitada. Assim, a própria autorização para ser implementada quando se referir a apoio, amparo e assistência à população, depende de manifestação de ambas as partes em documento formal para essa finalidade.

Fora desse contexto, nada há que possa ser feito entre as partes objeto destas singelas observações, visando exatamente manter os estreitos termos de relações entre as instituições em apreço.

3. O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM ELEMENTO INTEGRATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se menciona a liberdade religiosa como um elemento integrante da dignidade da pessoa humana está a se afirmar, efetivamente, que a Constituição de 1988, em seu artigo 1º e, especificamente, no inciso III, afirma que a cidadania é um dos fundamentos da República brasileira, de modo que a Carta Constitucional estabeleceu que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”, especificamente, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

É inquestionável, portanto, que esse quesito intrínseco à própria formação do Estado brasileiro, em termos de União Federal, perpassa, por evidente, além da dignidade da pessoa humana, a sua soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político.

Por outro lado, o próprio parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Cidadã afirma que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ora, nesse contexto, não se pode, definitivamente, promover qualquer tipo de interpretação que não contemple, necessariamente, a liberdade religiosa como sinônimo efetivo da dignidade da pessoa

humana, a quem se assegura, absolutamente, a plenitude de escolha de uma profissão de fé ou, até mesmo, a absoluta liberdade para não professar nenhuma fé.

É inescandível, de outro lado, que a despeito de não se professar uma fé, isso não autoriza, por evidente, que qualquer pessoa residente no Brasil, nascida em território nacional ou estrangeiro, que fixou residência no Brasil, possa desprestigiar ou ser desprestigiada pela opção alheia por um determinado credo religioso.

De outro lado, o fato de alguém escolher uma profissão de fé de uma denominação religiosa, não a vincula *ad eternum* a essa opção, podendo, a qualquer tempo, fazer nova escolha religiosa, pois, nos moldes do que edita o inciso XX¹⁴, do mesmo artigo 5º, da CR/1988, ninguém é obrigado a associar-se ou manter-se associado, em qualquer tipo de circunstância.

Logo, é de se compreender que a dignidade da pessoa humana encontra-se no contexto constitucional e, naturalmente, assegurada a toda pessoa, dentro de um amplo espectro em que a sua opção, haverá de ser respeitada por toda a comunidade em que se encontra ou possa ser encontrada.

De outro lado, é manifesto que essa situação pode ser definitiva ou circunstancial, mas, sempre, vinculada à intimidade de quem assim decidiu e, por natural, o fez livremente, sem qualquer espécie de coação, já que se trata de uma decisão que nasce do íntimo das pessoas. Assim, a ninguém é dado interferir nessa opção, pois presume-se que todos sejam capazes de honrar as suas posições ou, até mesmo, conforme já frisado, mudar seus posicionamentos a partir do momento em que melhor analisou a decisão tomada e, por isso mesmo, ou decidiu por alterar o *statu quo ante* ou preservar o seu conteúdo decisório, sejam quais forem os seus fundamentos ou razões de decidir por outra opção.

No entanto, não se pode olvidar que as pessoas, no geral e de modo irrestrito, têm o direito de decidir sobre a sua melhor escolha e, tomar, posteriormente, outro caminho que possa vir a ser aquele

¹⁴ “XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; (...).”

definitivo ou, até mesmo, retroceder e prosseguir naquele que se tornou a sua primeira opção.

Tudo isso está compreendido exatamente num dos fundamentos da República brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana, sem qualquer espécie de coerção ou coação, sendo de se lhe garantir a sua preferência. O certo é que a decisão tomada por esse ou aquele motivo, o brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil terá sempre o direito de assegurar a sua dignidade em todos os aspectos sócio-político-econômico, máxime quanto à escolha de sua profissão de fé.

4. O PODER RELIGIOSO

Em 25 de abril de 1714, nasceu Emer de Vattel, em Couvet, antigo principado de Neuchatel, filho de David de Vattel, Ministro da Igreja Protestante e de Marie de Montmoulin, família pertencente à burguesia do principado, predominando nas atividades da maioria dos cantões no mesmo século.

Autor de uma das maiores obras de todos os tempos e que “eclipseou” a obra de Hugo Grotius, que foi um dos maiores tratados a respeito da “Das Leis da Guerra e da Paz”, escrita em 1625, entre outros tantos temas, aborda a questão relativa aos conceitos de guerra justa e direito natural.

Emer de Vattel produziu a maior obra para os seus tempos, no século XVIII e, assim, tornou-se o grande autor que aborda a temática maior – “O Direito das Gentes” ou Direito dos Povos” – publicada em latim, em 1758, tornando-se um grande tratado sobre essa temática, e, por isso, tornou-se o autor das bases do moderno Direito Internacional e da Filosofia Política.

Um dos pontos que mais chama a nossa atenção no contexto a respeito da religião, Vattel exalta a necessidade de se tratar o assunto religião como sendo da maior importância para a sociedade e o faz nos seguintes termos, *litteris*:

A religião é de extrema importância para o bem e a paz da sociedade, e o príncipe está obrigado a zelar por tudo aquilo que possa interessar ao Estado. Eis toda a sua vocação para envolver-se com a religião, para protegê-la e para defendê-la. Ele não pode interferir senão sobre as bases acima referidas e, conseqüentemente,

ele não deve usar de seu poder senão contra aqueles cuja conduta, em questão de religião, é perigosa ou prejudicial ao Estado, e não para punir pretensas ofensas contra Deus e cuja repressão a Ele apenas cabe como juiz soberano e perscrutador de corações.¹⁵

Depois desse comentário de tamanha relevância, prossegue na seguinte perspectiva:

Deixe-nos lembrar que a religião não é negócio de Estado senão quando ela for exterior e publicamente estabelecida: desde que exista no coração, ela pode permanecer dependente somente da consciência. O príncipe tem o direito de punir apenas aqueles que perturbam a sociedade, e seria muito injusto inflingir punições a alguém em razão de opiniões privadas quando tal pessoa não busca divulgá-las e nem obter seguidores. É idéia de fanáticos e fonte de males e de injustiças gritantes imaginar que frágeis mortais devam encarregar-se da causa de Deus, manter Sua glória pela força, e vingá-Lo de seus inimigos. ‘Deixe-nos dar somente aos soberanos’ – disse um grande estadista e excelente cidadão’ – ‘para o bem comum, o poder de punir o que fere a caridade na sociedade. Não está no âmbito da justiça humana vingar o que pertence à causa de Deus’.¹⁶

Não há dúvida de que o tema “religião” é um assunto muito estudado e debatido por diversos sociólogos, filósofos e antropólogos, que tentam entender o seu papel, a importância e a sua força na sociedade.

Durkheim em seu livro “As formas elementares da vida religiosa”, afirma que a religião é um sistema solidário de crenças e de práticas relativas às coisas sagradas, que reúnem em uma mesma comunidade moral chamada igreja, todos os seus adeptos¹⁷.

Max Weber por sua vez, destaca em seus “Ensaio de Sociologia”:

(...) Nossa tese não é a de que a natureza específica da religião constitui uma simples ‘função’ da camada que surge como sua característica, ou que ela represente a ‘ideologia’ de tal camada, ou que seja um ‘reflexo’ da situação de interesse material ou ideal. Pelo contrário, uma interpretação errônea mais básica do ponto de vista dessas discussões dificilmente seria possível.

¹⁵ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Prefácio e tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 92.

¹⁶ *Ibidem, idem*.

¹⁷ DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: O Sistema totêmico na Austrália*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 32.

Por mais incisivas que as influências sociais, determinadas econômica e politicamente, possam ter sido sobre uma ética religiosa num determinado caso, ela recebe sua marca principalmente das fontes religiosas e, em primeiro lugar, do conteúdo de sua anunciação e promessa. (...).¹⁸

A religião, independente da cultura, tem um lugar de destaque. Em 2018, de acordo com um estudo publicado pelo Jornal *The Guardian*, cerca de 84% da população mundial afirmou seguir alguma religião¹⁹. Seja do lado ocidental ou oriental do globo, as milhões de pessoas que afirmaram seguir alguma religião, alguma crença, tem o seu comportamento diretamente afetado por isso, seja no seu modo de agir ou na forma de pensar e posicionar-se sobre determinados assuntos.

Os líderes religiosos, pastores, padres, rabinos, entre outros, são pessoas que possuem uma certa influência sobre o meio em que vivem. Por terem um papel de destaque, na condição de autoridade ministerial sobre os demais, têm a sua palavra tomada como verdade, ou então como algo que está correto. Tornam-se influenciadores dos seus ouvintes. De uma certa forma, são eles os fomentadores do Poder Religioso, pois, através deles, os ideais são difundidos, principalmente durante as celebrações religiosas, nos templos, catedrais, mesquitas, sinagogas e outros templos religiosos. O momento em que eles detêm a palavra, e ali, transmitem aos fiéis ensinamentos retirados da Bíblia, do Alcorão, da Torá e outros, é o ponto crucial da celebração. O momento de maior responsabilidade na vida do líder religioso, pois é ali que ele exerce a sua influência religiosa sobre a maioria das pessoas.

Influenciar o modo de agir das pessoas é um poder muito grande. Na História, momentos marcantes como a Reforma Protestante, liderada por Martinho Lutero e mais tarde por João Calvino e outros, trouxeram um grande desenvolvimento econômico e social para a Alemanha e a Suíça. A luta por uma melhor educação para o povo, ou por melhores condições de trabalho, para que em decorrência disso, todos pudessem ter condições de ler a Bíblia e ter um maior relacionamento com Deus, permitiu a reformulação do modo de vida desses dois países.

¹⁸ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 312.

¹⁹ Matéria publicada no *The Guardian* em 27.08.2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/aug/27/religion-why-is-faith-growing-and-what-happens-next>. Acesso em: 03 ago. 2020.

Por outro lado, atrocidades também foram fomentadas por pensamentos religiosos. Guerras e genocídios sociais e culturais, foram incentivados por discursos intolerantes. Na época das cruzadas, milhares de cristãos e muçulmanos morreram em decorrência das guerras por Jerusalém, até que chegassem a uma trégua.

Atualmente, apesar de vários países defenderem uma separação entre a Igreja e o Estado, ainda temos exemplos como a Índia e a Arábia Saudita que têm todo o seu sistema de governo e toda sua estrutura social, determinada por ideais religiosos.

No Brasil, como será abordado neste artigo, existe a separação formal entre o Estado e a Igreja. A igreja não intervém nas relações de âmbito estatal e o Estado por sua vez, não intervém no âmbito da Igreja. Apesar disso, como veremos a seguir, a Religião tem influenciado grandemente no rumo das eleições.

5. O ABUSO DO PODER RELIGIOSO E AS ELEIÇÕES

Esse é um tema da maior relevância para o contexto em que vivemos e do qual nos aproximamos: eleições municipais. É uma época em que vemos muitas coisas acontecerem e de modo bastante equivocado. Isso porque essa prática é frequente, máxime quando se permite o acesso ao púlpito de pessoas que são candidatas, em plena disputa aos cargos públicos. Normalmente, durante campanha eleitoral, voltadas à disputa pela administração dos Municípios e ao Legislativo Municipal, referindo-se, dessarte, especificamente aos pleitos de 2020.

Nas últimas eleições realizadas no Brasil, de ponta a ponta deste imenso País, tivemos a oportunidade de acompanhar, pela mídia, pessoas que, possivelmente, adentraram algumas igrejas sabidamente abertas ao seu apoio, mas que, na verdade, não escondiam o “propósito da propaganda eleitoral” entre aqueles que ali se encontravam, chegando mesmo a pretender participar do momento máximo da celebração, quando tomavam a “hóstia” como se fosse o apogeu da razão da sua presença naquele breve momento.

Mediante o desfazimento da pretensão de obter projeção pessoal no meio “cristão” e, muitas das vezes, sem qualquer tipo de vínculo com a verdadeira fé durante toda a sua vida. Não se pode confundir esse tipo de atitude com o fato de que, a simples presença durante uma

celebração religiosa não tem o condão de fazer esse ou aquele adepto àquela crença ou ainda à fé que ali é celebrada entre os seus partícipes.

É de se acreditar que o povo, na verdade e, assim, os seus guias espirituais tenham plena ciência de que nem todos que ali se encontram durante a celebração cúlrica, com a adoção dos seus rituais específicos, poderiam se apresentar com outros propósitos que não aqueles que moveram a sua participação em momentos que tais.

Não é necessário falar muito a esse respeito. O próprio Cristo quando desceu à terra, esvaziando o Trono do Pai quanto à Sua presença, na condição de Filho de Deus, mas, preservando sua inequívoca santidade, estava investido de um propósito inigualável como nenhum outro foi capaz de exercer. Ele visava o resgate, para o Pai, de todos aqueles que foram escolhidos desde a Eternidade para a própria Eternidade vindoura, e, quando estava participando de certos momentos entre publicanos e pecadores, foi achincalhado por diversas vezes pelos seus algozes que sempre estavam à espreita, buscando colocá-lo em contradição para que pudessem “desmenti-lo”.

Ele conhecia o coração e a mente daqueles que o perseguiram abertamente e nunca se deixou enredar por suas artimanhas sempre frustradas. E o próprio povo era tão volátil que no conhecido “domingo de ramos”, Cristo foi ovacionado ao entrar em Jerusalém montado num jumento e, naquela mesma semana, de todos os acontecimentos em que ele teria sido aclamado como “rei dos judeus”, foi preso, espancado, torturado e, não satisfeitos, aqueles mesmos que o receberam em Jerusalém como sendo o próprio Filho de Deus, clamaram a Pôncio Pilatos para que o crucificasse e assim foi feito, entre dois ladrões, no monte da Caveira, como era conhecido o Gólgota.

O texto bíblico nos apresenta uma situação muito peculiar para todos meditem nele e fazerem a sua própria aplicação no que tange aos objetivos de cunho pessoal. Pilatos formulou uma indagação retórica a Cristo, quando lhe indagou o seguinte: “O que é a verdade?” e antes que Cristo respondesse, ele simplesmente voltou as costas para o Filho de Deus. Então indagou ao povo qual era a sua vontade, entre Cristo e Barrabás. Escolheram este último para ser libertado e mandaram açoitar Cristo. E, ao final, reconhecendo a inocência das acusações formuladas contra Cristo, lavando as suas mãos, entregou-lhes para que fizessem como lhes aprouvesse, e, assim, crucificaram-no.

Esse é um momento crítico em que todos nós temos a necessária e indispensável visão para podermos distinguir não só o gestual, mas, especificamente, as próprias mãos de quem o faz.

Vivemos em dias maus e a cada dia muitos têm feito tornarem-se ainda mais. Poucas não são as promessas que são lançadas ao vento e ainda que nem haja tanto vento. Elas se desfazem por si sós, dada a própria ausência de factibilidade, tendo por objetivo iludir aqueles que se lhes cercam, ainda que por breve momento.

Em síntese: a questão é que não se pode permitir, efetivamente, que a situação que já reina entre nós não torne as nossas dificuldades sempre presentes cada vez mais graves e incontornáveis.

Logo, é de se perceber que a responsabilidade não é efetivamente daqueles que “presidem” certas situações e permitem que por breve tempo o abuso do poder religioso seja cada vez mais intenso, ao mesmo tempo em que mais vazio dada a sua própria prática, moldada em inconsistência perceptível ao mesmo ouvido diante do próprio personagem que se apresenta em momentos que tais.

5.1. O PÚLPITO DAS IGREJAS A SERVIÇO DAS ELEIÇÕES NO BRASIL

Desde o início do processo eleitoral democrático, é comum ouvirmos relatos de candidatos que foram em alguns templos religiosos para de forma indireta tentar ganhar a simpatia e o voto dos fiéis ou, então, de líderes religiosos que cederam parte ou então todo o seu tempo e templo, para que o(s) candidato(s) fizesse(m) um comício eleitoral, disfarçado de pregação ou de testemunho.

Em situações tais, fica evidente o tão discutido abuso do poder religioso. O simples fato de o candidato ganhar destaque durante uma celebração religiosa, seja por algum comentário feito pelo líder, direcionado a ele(a) no decorrer do culto, mesmo que indiretamente, ou então por alguma palavra que o próprio candidato tenha pronunciado, já configura o abuso, apesar da sutileza empregada nesse momento. É evidente que ele recebe um destaque de alguém que exerce a autoridade ministerial para pregar a mensagem sob a perspectiva daquela religião e inevitavelmente, ocorre uma associação entre aquele candidato e o Sagrado.

Quando os líderes religiosos permitem que os candidatos usem da influência ministerial para alcançar interesses próprios, no caso, votos dos pretensos eleitores, eles deixam o Ministério Sagrado e passam a ocupar a posição de cúmplices.

Para os cristãos, pode surgir o seguinte questionamento: por que não se deve ceder espaço no decorrer do culto a candidatos cristãos, que podem ser usados por Deus para atuar na política? A resposta é simples. Durante o culto, o Único que merece o destaque é o próprio Deus. O culto é para Ele, e para Ele somente. Em Romanos 13, versos 1 a 7, nos é ordenado orar pelas autoridades e respeitá-las, e não lhes dar destaque no culto que somente deve ser prestado a Deus. Se algum membro da assembleia for concorrer a uma vaga em qualquer cargo no âmbito político, seja no Município, Distrito Federal, Estado ou União, o papel da Igreja é orar pela vida dele, para que Deus o abençoe e que seja feita a vontade d'Ele na vida do candidato, independente da eleição do membro da assembleia. E assim deve ser feito com qualquer candidato.

Não se deve ceder o púlpito para que candidatos a cargos eletivos ocupem o lugar de Deus. O espaço é dedicado ao Senhor e não àqueles que buscam vanglória ou propósitos eleitoreiros. Mesmo que não tenham outros objetivos, poderão aproveitar o momento e submeter-se a tentações movidas pelo interesse que refoge ao foco da celebração do culto, desviando-se, assim, das verdadeiras razões para as quais o Senhor designou o púlpito para prestação do culto que Lhe é devido.

No entanto, um ponto que é necessário destacar, é que o acesso do candidato ao culto e a prática do abuso religioso não significa, necessariamente, que a sua empreitada será vitoriosa. Por mais eloquente e persuasivo que seja a palavra, o testemunho ou até mesmo o pedido, o candidato não tem o poder do convencimento. Essa decisão final poderá ser tomada apenas pelo próprio eleitor, sem qualquer garantia de que ele, de fato, destinará seu voto àquele candidato.

O ponto em questão decorre do fato de que o abuso cometido não “garante” o voto dos que estavam presentes no momento da celebração, e conseqüentemente a vitória nas urnas. Apesar disso, não podemos negar que o abuso, por parte do líder religioso efetivamente ocorreu. O “ilícito eleitoral” ocorreu, independentemente da pretensão do candidato ter sido alcançada ou não.

Mesmo tendo ouvido a mensagem do candidato, e tendo participado do culto e se “comprometendo a votar” conforme pedido, nada autoriza concluir que tenha acolhido a pretensão no momento de proceder à escolha do candidato que interesse, realmente, ao eleitor e não ao celebrante.

Portanto, impossível assegurar que o exercício do abuso do poder religioso seja eficaz e eficiente diante de todos aqueles que ouviram o seu “apelo” ou mesmo da mensagem que o “celebrante” tenha apresentado para que o candidato fosse alvo dos votos de seu rebanho.

6. O ATIVISMO JUDICIAL E O COLAPSO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

O Direito brasileiro vem passando por uma grande intervenção de parte do Supremo Tribunal Federal a partir de suas decisões quando se encontra uma situação em que existe uma lacuna ou um vácuo de parte do legislador ordinário. Por isso mesmo, adentra à análise e profere o julgamento de modo a “preencher” essa lacuna ou “vácuo”, atuando como legislador positivo, tomando para si o papel do Legislativo Federal, ao invés de manter a sua postura constitucional de “legislador negativo”.

Certo é que ao longo dos últimos anos isso tem se intensificado a ponto de excluir o próprio legislador ordinário, ignorando a sua existência e, pior, decidindo de modo a ultrapassar os limites de sua atuação jurisdicional, criando situações esquipáticas a partir do momento em que supera a atuação do Congresso Nacional. A partir do julgamento em que considerou legítima a prática do aborto de fetos com anencefalia, posicionou-se com “ampla autoridade” para decidir diversas outras questões que extrapolam e, em muito, a sua competência constitucional. Deixa, portanto, a sua condição de guardião da Constituição, para se posicionar como o próprio “legislador constituinte derivado”, suprimindo lacunas e vácuos para os quais não foi erigido ou incumbido de fazer por disposição constitucional.

Assim, implica, na verdade, na superação da sua condição de guardião da Constituição, conforme estabelecido pelo Legislador Constituinte Originário e passou à posição de legislador, arrogando a si próprio o “direito” de decidir questões que, necessariamente, deveriam ser alvo de posicionamento pelo Congresso Nacional.

Não bastasse esse tipo de conduta judiciária, também ocorreu a “revogação” do dispositivo inserto no inciso X, do artigo 52, da Carta Constitucional, quando aplicou o efeito “concentrado” em processo

que tratava de controle difuso de constitucionalidade. A isso deu-se o nome de “abstrativização”, julgando como se fosse, de fato, controle concentrado, de modo que essa decisão produziu o efeito *erga omnes* e não o efeito que se aplica exclusivamente às partes litigantes em sede de controle difuso, ou seja, *inter partes*, no caso concreto posto à sua douda consideração para efeito de julgamento nos limites em que a lide lhe foi apresentada em sede de recurso extraordinário.

Na verdade, isso implicou na elaboração de uma “Emenda Constitucional” sem que houvesse a sua efetiva tramitação pelas Casas do Congresso Nacional, adotando-se um perigoso precedente à medida que outras situações dessa natureza podem vir a ocorrer. Argumentar que se trata de um situação episódica é simplório. No entanto, houve uma lesão à competência do Senado da República, pois a ele, compete, nos termos do inciso X, do artigo 52, da CR/1988, declarar a suspensão do dispositivo constitucional acoimado de inconstitucional em decisão proferida pelo STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Era objeto da decisão a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, por meio do qual cabia e, ainda cabe, ao Senado da República publicar a suspensão da vigência do dispositivo constante do inciso X, do artigo 52, da CR/1988. Isso não é menos grave que criar “tipo penal” com fundamento em decisão própria sem qualquer vínculo com o Legislador Ordinário, mas por iniciativa direta do referido Tribunal, que é o guardião da Constituição Cidadã.

Esse aspecto dos fatos vai ao encontro do que o conceituado Elival da Silva Ramos define como o conhecido Ativismo Judicial:

(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.²⁰

²⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

Assim, é o caso de Kermit Roosevelt III, que assevera:

‘O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão’. Esse tom de denúncia associado à expressão ‘ativismo judicial’ tem se dirigido, tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à paradigmática Corte Warren. Nos últimos anos, o reverso da moeda também se verifica, com artigos que demonstram que o ativismo também pode estar presente em cortes de tendência conservadora. Hoje, por exemplo, alega-se que a Corte Rhenquist, apesar de sua matriz conservadora, foi bastante ativa judicialmente.²¹

Para Marshall, “o ativismo jurisdicional é conceituado, como a recusa de os Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”.²²

7. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS TIPIFICAÇÕES CRIADAS POR DECISÕES JUDICIAIS DO STF

Como de cediço e surrado conhecimento, a comunidade jurídica, cada vez mais se assusta com a frequência e facilidade com que muitas decisões têm sido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de um momento para outro e voltam e revolvem temas que já deveriam estar consolidados há tempos, mas que não conseguem se consolidar em virtude de mudanças de convicções, sempre obtendo uma “maioria” de 6 x 5, como se fosse suficiente para demonstrar que a matéria está, de fato, consolidada, embora não seja a primeira e nem a última que isso se verá.

A questão, todavia, não para por aí. Há diversas situações em que o Supremo Tribunal Federal, pautando-se em sua própria iniciativa como o “guardião da Constituição da República, de 1988”²³, estabeleceu mais de duas (02) dezenas de situações jurídicas novas, numa investida no que se tem denominado de “ativismo judicial”, que vem implicando, naturalmente, numa espécie de mescla entre usurpar a

²¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21 *apud* VALE, Ionilton Pereira do. *O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação*. 2015.

²² MARSHALL, William P. Conservatives and Seven sins of judicial activism. *University of Colorado, Law Review*, vol. 73, setembro de 2002, p. 37.

²³ “Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)”

função do “Poder Legislativo” que, em grande parte, contribui para que isso ocorra, exatamente em virtude de sua inércia e que para si é muito cômodo, uma vez que não entra em conflito com a população naquilo que não lhe agrada. Mas, no entanto, não se pode esquecer que tais fatos ocorrem exatamente porque não se desgastarão diante da população, já que não têm que se preocupar com a disputa das eleições após o vencimento de seus respectivos “mandatos”.

É muito simples compreender o que significa o ativismo judicial, tomando-se como ponto de partida o fato de que o novo modelo constitucional adotado pelo Brasil, nos anos de 1986 a 1988, abriu esse caminho que tem se aplainado para o Supremo Tribunal Federal, chegando ao ponto de ocupar a lacuna que se abre pelo próprio Poder Legislativo, numa demonstração de força e poder para efeito de alcançar um lugar em que, se o Legislativo se omite, o STF faz, deixando que a sua decisão se consolide a ponto de concluir o “trabalho” que não é feito na esfera de poder devidamente instalado para essa finalidade.

No entanto, encontra-se na posição do que não se pode atribuir a um ou a outro “poder”, pois, se o próprio legislador executasse a sua lei ou se transferisse esse encargo a outro “poder”, estaríamos diante de um invencível problema, a partir do momento em que ambos se julgassem capazes a ponto de implementar uma disputa recíproca, tendo o povo atônito nesse contexto, de modo que não teria a quem recorrer.

Montesquieu ao tratar da divisão de poderes, estabeleceu uma espécie de cooperação recíproca entre eles, a ponto de se permitir que cada um deles pudesse exercer o seu papel com segurança e tranquilidade, estabelecendo um equilíbrio aos exercentes desse mister, conduzindo o povo de modo seguro e consistente, ou seja, estabeleceu o sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*.

A esse respeito, não se pode deixar de trazer à tona a extraordinária observação de Norberto Bobbio, *in verbis*:

(...) segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: *ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação de poderes seria negado pela presença de dois legisladores:*

o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador.²⁴

A questão, no entanto, perpassa uma gritante inércia legislativa, pois estabelece uma flagrante desatenção e/ou renúncia da sua competência, exatamente aguardando que o Judiciário assumira o seu papel e, assim, decida, sob a perspectiva jurisdicional, para suprir essa “lacuna legislativa”, convenientemente presente e ativa para que seja submetida a temática ao Supremo Tribunal Federal, deixando-o agir livremente, como se a competência, de fato e de direito, fosse sua, única e exclusivamente.

Assim, é perfeitamente possível enumerar apenas alguns desses episódios, evitando-se o alongar excessivo de situações que tais, e que em nada enobrece o Poder Judiciário brasileiro. Talvez, alguns poucos brasileiros, possam aplaudir esse tipo de “julgamento”. Mas, na realidade, conta-se poucos que apoiam esse tipo de situação. Vejamos, pois, alguns desses muitos julgados em apreço:

1 – imposição da fidelidade partidária em sede processual de mandados de segurança;

2 – edição de Súmula Vinculante nº 11 – exigência de justificativa por escrito para efeito de se coagir o acusado, preso em flagrante ou por ordem judicial – quanto ao uso de algemas;

3 – *idem*, Súmula Vinculante nº 13 – proibição da prática de nepotismo e indicação e nomeação de parentes para ocupar e exercer cargos de confiança, pautando-se nos princípios que regem a administração pública, insertos no artigo 37, da CR/1988;

4 – *ibidem*, Súmula Vinculante nº 26, que trata a respeito da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República de 1988, em vista do disposto no seu art. 2º, no que pertine ao cumprimento de pena restritiva de liberdade, alterando substancialmente o texto legal e, naturalmente, tomando o lugar do legislador positivo;

5 – mudança na CR/1988, a partir do acolhimento da Reclamação 4.335-5/AC, alterando a interpretação do inciso X, do seu artigo 52, sem

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1996, p. 40.

que houvesse intervenção do Poder Constituinte Derivado, para se excluir a sua intervenção mediante Emenda Constitucional, ao que se entendeu de denominar de “mutação constitucional”, em plena vigência;

6 – aborto dos anencéfalos, ao argumento de que não teriam vida cerebral e, por isso mesmo, seria plenamente possível a interrupção da gestação, em razão de serem portadores de má-formação embrionária caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, tomando-se por paradigma a morte cerebral constante da Lei nº 9.434/1997;

7 – fixação do número de vereadores no Município paulista de Mira Estrela, mediante Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, para se observar rigorosa proporcionalidade entre o número de habitantes e seus representantes locais, adotada a regra estabelecida pela Justiça Eleitoral, ignorada a Lei Orgânica Municipal.

Há várias outras situações dessa ordem. Porém, o objetivo foi apenas dar uma pequena amostra desse tipo de ativismo judicial, superando a importância e necessidade de adoção dos legítimos atos que deveriam ser editados pelo Legislativo Federal, mediante atuação das Câmaras Alta e Baixa, cumprindo o desiderato para o qual foram instituídas e são mantidas pelo povo que, inequivocamente, fica à margem desses “feitos legislativos”.

Com isso tudo, vê-se, às escâncaras, que foi abandonado o princípio maior que deveria ser o norte da prestação jurisdicional no STF, no sentido de que a sua atuação deveria ser na condição de “legislador negativo” e jamais “legislador positivo”, pois, de fato, esse papel compete ao Legislativo Federal.

7.1. OS ANTECEDENTES CONSTITUCIONAIS CRIADOS PELO STF – HOMOFOBIA X RACISMO

O debate instaurado nos últimos dias no Tribunal Superior Eleitoral traz à tona uma grave possibilidade de mais uma transgressão ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, em termos de Direito Penal, a partir do momento em que, mais uma vez, na trilha do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal, quanto à “tipificação” de ilícitos penais, com o perdão da redundância, para efeito de se deixar clara a origem da realidade jurídica que o Brasil está vivendo no que pertence à possibilidade de vir à tona mais uma criação ou geração

espontânea de uma “transgressão” que, se aprovada, vai integrar o extenso rol dos ilícitos que podem ser praticados em tempos de eleições.

O fato é que o Tribunal Superior Eleitoral está se valendo de um “costume” instituído pelo Supremo Tribunal Federal, para efeito de “tipificar” atitudes antissociais ou humanices, no dizer de João Calvino, como se delitos fossem. Todavia, não é surpresa para ninguém essa “pretensão”, em virtude de o Brasil ter visto, recentemente, uma nova figura penal sendo tipificada sob a égide de “crime de homofobia”, que foi extraído da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, quando no seu artigo 1º, encontra-se a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 1º – Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Registre-se, por oportuno, que a referida redação foi elaborada pela Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997.

Ao nosso modesto entendimento, existe uma grave atecnia no texto acima transcrito a partir do momento que considera “raça, cor, etnia”, como se fossem todos esses substantivos derivados de uma única situação quando, pelo menos a primeira delas, está radicalmente localizada num contexto para o qual não se enquadra, definitivamente, com a mais respeitosa das vênias, em virtude de que, considerado o ato da criação, Deus criou apenas duas (02) raças: a raça humana e a raça animal.

Os seres humanos não podem, definitivamente, serem considerados outra coisa, senão pessoas. Frutos da criação das mãos de Deus e, por isso mesmo, o que extrapola ou excede nesse sentido, deve ser considerado como discriminação.

Dessa forma, aquele que pratica tal conduta deve ser responsabilizado penalmente pela sua atitude discriminatória por invocar o elemento “cor” como meio de desconsiderar a pessoa humana, fruto da criação divina, como alguém que não merecesse qualquer espécie de respeito, aceitação social e tudo o mais que lhe envolve no âmbito de sua existência em todos os aspectos da vida em sociedade.

A instituição americana denominada *American Anthropological Association*. *Statement on Race* [Internet]. *Arlington: American*

Anthropological Association; 1998. [acesso em: 2010 fev. 12]²⁵, no que concerne ao termo “raça” indaga e responde, logo a seguir, a questão do foco deste tópico, e o faz nos seguintes termos, *verbo ad verbum*:

O termo raça tem uma variedade de definições geralmente utilizadas para descrever um grupo de pessoas que compartilham certas características morfológicas. A maioria dos autores tem conhecimento de que raça é um termo não científico que somente pode ter significado biológico quando o ser se apresenta homogêneo, estritamente puro; como em algumas espécies de animais domésticos. *Essas condições, no entanto, nunca são encontradas em seres humanos. O genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um grupo insignificante de genes. As diferenças entre um negro africano e um branco nórdico compreendem apenas 0,005% do genoma humano. Há um amplo consenso entre antropólogos e geneticistas humanos de que, do ponto de vista biológico, raças humanas não existem.*

A seu turno, a palavra “etnia”, para a mesma instituição americana, é compreendida da seguinte forma:

Historicamente, a palavra etnia significa ‘gentio’, proveniente do adjetivo grego *ethnikos*. O adjetivo se deriva do substantivo *ethnos*, que significa gente ou nação estrangeira. É um conceito polivalente, que constrói a identidade de um indivíduo resumida em: parentesco, religião, língua, território compartilhado e nacionalidade, além da aparência física.²⁶

Dessa forma, não há o que se questionar se a pessoa humana e ainda sob a perspectiva constitucional, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, deve ser respeitada e, especialmente, sob a ótica de se tratar de um dos seus fundamentos.

Assim, não há dúvida de que existe um grave equívoco nesse conceito “raça”, ao se referir aos seres humanos, pois a raça é humana ou, então, a raça é animal.

Logo, com a máxima vênia aos doutos entendimentos em sentido contrário, não tenho a menor sombra de dúvida a esse respeito. Quando Deus criou o homem não levou em conta a cor de sua pele.

²⁵ Disponível em: www.aaanet.org/stmts/racepp.htm.

²⁶ Disponível em: www.aaanet.org/stmts/racepp.htm.

Considerou tão somente o ser humano que estava sendo criado, gerado por Suas próprias mãos, advindo do pó da terra, do barro de que se utilizou para a sua existência após o sopro da vida em suas narinas, tornando-se alma vivente²⁷.

Deus não faz acepção de pessoas e nem mesmo as considera como um ser desprezível por serem pecadoras. Deus ama a Sua criação, mesmo depois da queda do homem no Éden. Ele deu o Seu Único Filho, o Seu Primogênito, para morrer, morte de cruz, em nosso lugar. Isso nos leva à reflexão no sentido de que, o homem que se levanta contra outro homem, maltrata, agride, violenta e mata, continua sujeito ao perdão que somente Deus pode conceder àqueles que transgridem os seus mandamentos. Deus se importa, sim, com a Sua criatura. Ele ama o pecador, mas não o pecado.

Agora estamos diante da possibilidade de ver a aplicação de um “dispositivo” de julgado em substituição a um tipo penal. Esse deveria vir, por meio de uma tipificação nascida do Poder Legislativo, do Congresso Nacional, por uma de suas Câmaras Alta e Baixa ou vice-versa, dependendo de qual delas tivesse a iniciativa de legislar a respeito dessa “tipificação”, e não por parte da Corte Suprema do nosso País. Assim, o próprio Ministério Público, na condição de titular da ação penal, não terá como indicar o “dispositivo” do Código Penal ou de uma lei extravagante para efeito de oferecer denúncia contra aquele que praticou o crime de discriminação por questão homofóbica.

É bom frisar e deixar bem claro que a presente abordagem não tem nenhuma conotação que não seja absolutamente técnica. Não é do feitio destes Autores tomar ou fazer acepção de pessoas, por qualquer razão que seja. O fato é de ordem meramente jurídico-constitucional e, por isso mesmo, não se tem outra abordagem, nem subliminarmente, que não seja de ordem pura e especificamente TÉCNICO-CIENTÍFICA.

É notório que a matéria sob análise constitui-se de uma gravíssima violação ao disposto no inciso XXXIX²⁸ do artigo 5º, da Constitui-

²⁷ “Então, formou o SENHOR DEUS ao homem do pó da terra e lhe soprou nas narinas o fôlego de vida, e o homem passou a ser alma vivente” (Gênesis 2:7).

²⁸ “XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...)”

ção rotulada de “cidadã” e, assim, devemos considerar também que os princípios da anterioridade e da reserva legal – art. 1º, do Código Penal,²⁹ mesmo texto do inciso acima citado, foram abandonados. Vale mais a decisão proferida que propriamente a vigência constitucional.

O que está posto neste tópico é o que se identifica sob a ótica do constitucionalismo e da ordem penal, não sendo necessário declinar que a Constituição precede tanto o seu “guardião” como a própria lei penal, em todos os seus aspectos e fatores infraconstitucionais, observado, obviamente, o princípio da hierarquia das leis.

Daí, a trilha está aberta para, se houver aprovação da “tese” de que não se deve promover proselitismo político no âmbito religioso, não deveríamos ter visto tantos fiéis deixando Igrejas como vimos após a divulgação de cartas ou outros documentos sendo publicados pelos Celebrantes em tempos de eleições presidenciais, no ano de 2018, durante ou após a celebração cültica. Encontram-se tantas transgressões em tempos de pandemia que os vários tipos de abuso do poder econômico, empresarial, corporativo, jogadas midiáticas, entre tantos outros abusos, que estão se sobrepondo ao poder político quando com ele não se encontra de braços dados.

O fato é que nesse período de pandemia as Igrejas receberam uma “fatura” muito cara, exatamente por ser quem transmite a mensagem da Palavra de Deus, especialmente àqueles que se encontram ao desamparo, e para assisti-los distribuem alimentos pelas ruas e cestas básicas aos que carecem do mais essencial para a preservação de sua própria vida e não poucas vezes de sua família, integrada por vários filhos, menores, nus, doentes, sem qualquer assistência médica, morando debaixo de viadutos, ao relento, sem nenhuma expectativa de mudança das circunstâncias adversas.

8. A CRIAÇÃO DO “ILÍCITO ELEITORAL DE ABUSO DE PODER RELIGIOSO” PELO TSE

Não há dúvida de que a “criação” de uma prática ilícita, seja ela capitulada no Código Penal, Eleitoral, Estatuto da Criança e do Adolescente, contra a ordem econômica ou fiscal, enfim, qualquer que

²⁹ “Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

seja, somente pode se instaurada mediante a iniciativa do Legislativo Federal. E como já foi ressaltado alhures, depois de atendido ao devido processo legislativo, tal como consta da Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 59³⁰, de modo que qualquer outra modalidade de se “instituir” um ilícito, em qualquer nível de conteúdo, sempre influenciará de modo negativo o próprio instituto que se “criar”, porque sempre será visto, tanto ele próprio quanto o seu “criador”, porque transgride, visceralmente, a Constituição nominada de “Cidadã”.

A Nova Ordem Constitucional tem sido, na verdade, a grande vítima das transgressões das regras do Legislador Constituinte Originário, de nada valendo, nem mesmo, o Legislador Constituinte Derivado que tem permanecido inerte e sem qualquer tipo de ação ou de reação para impedir que tais “métodos” sejam perpetuados e que suas “criações” tenham vigência no âmbito da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Talvez alguns possam redarguir que é esse mesmo “Estado Democrático de Direito” que tem autorizado essa realidade. No entanto, não se pode compreender, pois, como foram outorgados tais “poderes” àquele que ele próprio, o Estado Democrático de Direito, foi instituído pelo Legislador Constituinte Originário como sendo capaz de “gerir” esse “estado de coisas”.

E agora, para que tudo seja possível e juridicamente “viável”, e como nos encontramos posicionados de modo favorável à “democracia” e considerando que esse regime permite tais inserções, muitos deles sem que tenha havido a instauração do devido processo legislativo para efeito de alterar o texto constitucional, cujas “emendas” vem lhe sendo inseridas de forma alheia ao Congresso Nacional e ao Legislador Constituinte Derivado.

³⁰ “Título IV – Da Organização dos Poderes – Capítulo I – Do Poder Legislativo – Seção VIII – Do Processo Legislativo – Subseção I – Disposição geral – *Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*”

No entanto, não é bem para isso que se pode dizer que o Estado Democrático de Direito foi erigido pelo Legislador Constituinte Originário. Basta dizer que o artigo 60, em seu §4º, inciso IV, estabelece que, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.

O que ocorre, na verdade, é que tudo isso tem sido “efetivado” a olhos licenciosos e sem qualquer iniciativa ou a tomada de algum tipo de medida que pudesse permitir a adoção de alguma medida capaz de gerar um posicionamento de resistência a essa realidade. Quando se afirma no §4º, do artigo 60, da CR/1988, que certos temas não poderão ser objeto de deliberação por via de emenda constitucional que seja tendente a abolir, entre outros, “os direitos e garantias individuais”, estamos falando em “ferir” de morte o próprio dispositivo ou todo o capítulo da CR/1988 que prevê um verdadeiro “catálogo” de “Direitos e Garantias Individuais”, como se isso fosse absolutamente normal e sem qualquer tipo de possibilidade de reversão desse processo.

Também vimos acontecer, inertes, a questão do aborto dos anencéfalos e, dentro em pouco tempo, com o próprio aborto, sob a perspectiva de que “é a mãe que pode decidir sobre o corpo que está sendo gerado dentro do seu próprio corpo”.

Conta-se de uma mulher que buscou o médico para submeter-se a um aborto, ao fundamento de que tinha cinco filhos e que não possuía condição de ter mais um, em razão de dificuldades de toda ordem. Então, sabiamente, o médico lhe disse: “Por que a Sra. não escolhe um dos seus cinco filhos e o mata, deixando esse que está no seu ventre sobreviva?”. A mulher arrependeu-se amargamente da sua investida contra o filho que ainda estava sendo gerado dentro de seu útero e,

assim, desistiu de “matá-lo”. É a mesma situação. Trata-se de um tipo de homicídio, embora tecnicamente chama-se de aborto.

A pergunta que não quer se calar reside num único ponto: até quando o Brasil vai conviver com essa realidade? A cada dia que passa temos mais uma novidade constitucional e assim tem sido ao longo dos anos. E não me digam que estamos “evoluindo o sistema jurídico brasileiro”. Na verdade, estamos sendo omissos, relapsos e inertes.

A temporada de investidas sobre o Texto Constitucional, desta feita, contando com nem tanto eficiente cooperação do Tribunal Superior Eleitoral, dadas as resistências que essa tentativa vem enfrentando. Todavia, não nos esqueçamos de que há muito ainda o que fazer para sustar essa “derrama” de tantos novos “institutos” que ruborizam os Legisladores Constituintes Originários da década de 1980.

O fato é que a “liberdade religiosa” se coaduna integralmente com a “liberdade de expressão” que também é, a toda prova, um direito fundamental inserido, reiterar-se, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constante de seu artigo 1º, inciso III³¹, já que todo brasileiro ou cidadão estrangeiro residente no Brasil também possui esse direito de manifestação. Além disso, como um dos primados da sua condição de cidadão, admitido como tal pela própria Ordem Constitucional vigente. Ademais, não podemos desconsiderar o fato de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É de se ver, pois, que o ilícito de abuso do poder religioso que, se acolhido pelo Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, ao nosso modesto sentir, será incluído dentre os temas que poderão ser investigados cientificamente e que passam muito longe de uma separação sob a ótica do próprio Judiciário brasileiro e, menos ainda, do Poder Legislativo, que tem ficado, como já dito, à margem de muitas dessas

³¹ “TÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019); V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

decisões que somente destituem o referido “Poder” da sua condição de legislador ordinário, anuindo em que medidas tais continuem a usurpar a sua esfera de “função do Estado Brasileiro”.

Dessa forma, como entender a criação de “tipos” de qualquer ordem, administrativa ou penal, para efeito de alcançar novas “realidades” que somente poderiam ser acrescentadas se adotado o devido processo legislativo? Vejamos o que diz o artigo 22, *caput*, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, *in verbis*:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para *apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político*, obedecido o seguinte rito: (...).³²

Ora, estaremos na mesma situação daquele que poderá ser denunciado pelo Ministério Público que não terá um dispositivo legal para efeito de amparar a sua peça, porque, simplesmente, foi estabelecido o “tipo penal” numa decisão proferida por uma das Altas Cortes do nosso País. Assim, terá que transcrever o texto em que se decidiu pela “capitulação” do ilícito, sem que esteja vinculado a um dispositivo ou texto de lei, sem observar a tramitação do *devido processo legislativo*, via Proposta de Emenda Constitucional, com votação por meio das Casas Legislativas competentes.

9. O PERIGO DOS PRECEDENTES VINCULANTES DO PROCESSO CIVIL APLICÁVEL AO DIREITO ELEITORAL POR EXTENSÃO

Questão de suma importância reside na vigência do Novo Código de Processo Civil a partir da adoção da mesclagem entre as duas grandes famílias do Direito – *Civil Law* e *Common Law* –, pois, doravante, o Poder Judiciário estará julgando com visão de futuro, abandonando-se a orientação anterior, estabelecida pelo Código de Processo Civil, de 1973, por meio da qual a jurisprudência era pautada de modo a se

³² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm.

permitir a sua adoção como precedentes, porém, sem eficácia vinculante, como estabelecido no vigente Digesto Processual Civil.

Nessa quadra dos presentes fundamentos, é de se convir, a toda evidência, que existe o grave risco de se adotar a mesma metodologia no Direito Processual Eleitoral, a despeito da inexistência no texto do Novo Código de Processo Civil, que autorize esse tipo de procedimento. Todavia, como de cediço e surrado saber, apenas três (03) dispositivos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, alterada posteriormente pela Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, e nenhum deles faz referência a sua aplicação a decisões da Justiça Eleitoral³³.

Mas, como sabido, existe sempre uma espécie de “tentação” para efeito de se buscar um tipo de argumento que possa sustentar uma decisão desse nível, mediante a edição de uma súmula ou algo assemelhado,

³³ “Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, exceto as ações: I – de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho; II – sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho. Art. 454. São inquiridos em sua residência ou onde exercem sua função: I – o presidente e o vice-presidente da República; II – os ministros de Estado; III – os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; Art. 1.067. O art. 275 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência) Art. 275. São admissíveis embargos de declaração nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil. § 1º Os embargos de declaração serão opostos no prazo de 3 (três) dias, contado da data de publicação da decisão embargada, em petição dirigida ao juiz ou relator, com a indicação do ponto que lhes deu causa. §2º Os embargos de declaração não estão sujeitos a preparo. §3º O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. §4º Nos tribunais: I – o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto; II – não havendo julgamento na sessão referida no inciso I, será o recurso incluído em pauta; III – vencido o relator, outro será designado para lavrar o acórdão. §5º Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso. §6º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2 (dois) salários-mínimos. §7º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até 10 (dez) salários-mínimos.” (NR)

para se garantir a existência de precedentes vinculantes, a exemplo das súmulas vinculantes, conforme edita o artigo 103-A, acrescentado à Constituição da República, de 1988, por “iniciativa do Poder Constituinte Derivado”, de modo a assegurar a mesma “celeridade” e “vinculação” às decisões da Justiça Eleitoral. Dessarte, o Poder Constituinte Derivado vai se tornar dispensável em muito pouco tempo.

Logo, é de todo conveniente que a Comunidade Jurídica Nacional esteja atenta a esse tipo de possibilidade, considerando que não é incomum decisões que sempre surpreendem os operadores do Direito em situações que são de vital importância para se garantir a eficácia integral dos dispositivos apenas na sua área definida na própria lei para atender às demandas específicas do respectivo diploma legal.

Não podemos olvidar, de outro lado, que existe ainda a disposição de natureza processual quando se trata da edição do ato de julgar as lides. Nesse particular, o artigo 487³⁴, do Novo Código de Processo Civil, é “rico” em alternativas que podem, perfeitamente, estender-se ao Direito Processual Eleitoral, a referida “metodologia” que pode perfeitamente ser acrescida da expressão “decisória”, para efeito de se qualificar adequadamente essa possível “espécie” de julgamento.

Não fosse suficiente toda essa técnica de julgamento, ainda temos que considerar as próprias disposições constantes do artigo 489, do mesmo Digesto Processual Civil, que cuida “dos elementos e dos efeitos da sentença”, por meio do qual aprova ao legislador processual do vigente CPC, dispositivos por meio dos quais já foram estabelecidas as situações jurídicas por meio das quais os Tribunais de Apelação e Superiores podem, perfeitamente, declarar a nulidade da sentença, se, eventualmente, não atenderem de modo conveniente, as exigências de

³⁴ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do §1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.”

sua redação, não se desconsiderando, por evidente, os termos do artigo 490, do mesmo Ordenamento Processual³⁵.

Assim, diante de todo esse contexto, é de todo relevante considerar as presentes ponderações para que não se alcance os Operadores do Direito com decisões que possam vir a estabelecer os precedentes vinculantes aplicáveis ao Direito Processual Eleitoral, com inequívoco prejuízo aos interesses dos litigantes, embora sejam aplicáveis, por evidente, as hipóteses de “distinguishing” ou “distinguish”, como efetiva técnica de distinção inerente à família da “common law”, para se permitir o efeito de distinguir os fatos e a lei³⁶. Também não se pode desconsiderar que

³⁵ “Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença – Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. §2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.”

³⁶ “Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação” (MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

existe fator determinante para hipótese semelhante, qual seja, o “overruling”, também conhecido como *técnica de superação do precedente*³⁷.

Por fim, nessa lista de “alternativas”, ainda existe o “overriding”, que “significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação”³⁸.

Ademais disso, é de todo relevante considerar que ainda existe o que se denomina de *ratio decidendi*, que em bom vernáculo significa *razão de decidir*, isto é, os fundamentos ou fatos determinantes da decisão proferida. É evidente que:

constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial.³⁹

Para concluir este tópico, é indispensável abordar o *obiter dictum*, que consiste numa afirmativa de passagem, o conhecido “dizer por dizer”, sem qualquer caráter vinculante ou que se refira a um dos fundamentos que possa ser entendido como uma das possibilidades consideradas para efeito de se decidir a lide em apreço.

Assim, compete aos julgadores, ainda, a observância ao proferir as suas decisões, dos *elementa* enumerados no artigo 927, também do

³⁷ *Overruling* – superação. “1. intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; 2. quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; 3. quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade. 2. “No caso de modificação de jurisprudência sedimentada, a eficácia *ex nunc* é obrigatória, em razão da boa-fé objetiva e da segurança jurídica” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

³⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 281.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NCPC, que estabelece o dever dos Juízes e Tribunais para efeito de julgar, sem o que poderão ter suas decisões anuladas, pois, trata-se de quesitos a serem necessariamente observados⁴⁰.

Finalmente, o artigo 928, do mesmo Diploma Processual Civil, elabora o conceito de “julgamento de casos repetitivos”, e o faz de modo a elencar quais seriam as fontes do em que se deverá buscar as necessárias orientação⁴¹.

Essas, portanto, são considerações que não poderiam ser ressentidas neste pequeno trabalho, por meio do qual se deve levar em conta para que não sejam desconsideradas as possibilidades de se fazer “juntar” ao Digesto Eleitoral, especialmente na sua disposição processual, o que, inequivocamente, poderá ser mais uma novidade no Ordenamento Jurídico brasileiro.

De se registrar, também e por último, que já se cogita da mesma aplicação ao Código de Processo Penal, por extensão, da mesma

⁴⁰ Art. 927. “Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

⁴¹ Art. 928. “Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

forma, do que ocorre no Código de Processo Civil de 2015 e, quiçá, em breve tempo, nos Juizados Especiais, legislação trabalhista, Código de Defesa do Consumidor, etc., etc.

10. CONCLUSÃO

Por todos os argumentos expendidos na presente exposição, deve-se considerar a plena possibilidade de se alcançar, a toda evidência, que o Direito Eleitoral Brasileiro estava às portas de encontrar com uma situação inusitada em termos de inovação em seu conteúdo, pois, se concluído o julgamento com resultado em “maioria de um voto”, ocorreria a supressão do processo legislativo.

É nesse momento que se aplica, naturalmente, o devido processo legislativo, de modo a impedir que uma decisão de caráter jurisdicional faça incluir mais um dispositivo, a fim de se buscar punir, com as consequências próprias do conteúdo decisório, o que não está previsto em legislação alguma em nosso Ordenamento Jurídico.

É de se frisar que em hipótese alguma, exceto aquela que a Ordem Constitucional vigente estabelece, poderá adotar mais uma investida dessa ordem. Não há dúvida quanto ao abuso do poder religioso no Brasil. A questão é assegurar que essa possível inclusão não venha por meio de uma decisão pretoriana, mas pelas vias constitucionais da alteração da legislação em vigor por meio do devido processo legislativo, o que vem sendo relegado a segundo plano nos últimos tempos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1996.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: O Sistema totêmico na Austrália*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FREIRE, Silene de Moraes; WAGNER, Adolfo; BARBOSA, Douglas Ribeiro; Montesquieu: a centralidade da moderação na política. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (Org.). *Curso de Ciência Política: Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, William P. Conservatives and Seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, setembro de 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

VALE, Ionilton Pereira do. *O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação*. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao#:~:text=%22O%20termo%20ativismo%20judicial%2C%20como,desaprova%C3%A7%C3%A3o%20frente%20a%20uma%20decis%C3%A3o%22.&text=O%20problema%20na%20identifica%C3%A7%C3%A3o%20do,ao%20processo%20de%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20constitucional>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Prefácio e tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. Tradução: Valtencir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

Recebido em 27/11/2020
Aprovado em 02/03/2021