



Jorge Luís dos Santos LOURENÇON**

 <https://orcid.org/0000-0001-5760-7215>

Ana Maria Ortega ALONSO***

 <https://orcid.org/0000-0003-3855-5637>

Recebido em: 13 de novembro de 2020

Aprovado em: 20 de maio de 2021

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.439 EM FACE DAS TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT*

THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION 4.439 UNDER HANS KELSEN'S AND CARL SCHMITT'S CONSTITUTIONAL THEORIES PERSPECTIVE

RESUMO

No século XX, os pensadores Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um embate sobre a quem incumbiria a guarda da Constituição. Para aquele, a tarefa seria de um órgão técnico, qual seja, uma corte constitucional, capaz de uma análise de compatibilidade entre normas de hierarquia superior com as de hierarquia inferior. Para Schmitt, por outro lado, ao chefe de Estado caberia tal responsabilidade, por ser detentor da vontade política e, assim, mostrar-se afim aos anseios populares; sendo a Constituição uma decisão política, o representante do povo teria legitimidade para protegê-la, de acordo com a vontade pública. Discute-se, neste estudo, a qual teoria o Supremo Tribunal Federal se aproximou, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, em que se decidiu pela compatibilidade do ensino religioso de natureza confessional e matrícula facultativa, na rede pública de ensino, com a Constituição Federal de 1988, isto é, se a argumentação desenvolvida pela Corte Maior se reveste de caráter técnico, como pretendia Kelsen, ou se consideram os pensamentos do povo brasileiro, como defendido por Schmitt. Conclui-se que, pela análise de votos dos Ministros do Pretório Excelso, a argumentação técnica restou vencida por uma argumentação jurídica e de ordem política, em consonância com a vontade popular, distanciando a atuação do STF da guarda da Carta Política tal como pretendida por Hans Kelsen. A metodologia empregada é a revisão bibliográfica, sob o método dedutivo.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade. Hans Kelsen. Carl Schmitt. Teoria da constituição. Laicidade.

ABSTRACT

In the 20th century, Hans Kelsen and Carl Schmitt raised an issue about who was responsible for The Guardian of the Constitution. For Kelsen, a technical body would be held responsible, wherever, a constitutional court, qualified to a compatibility analysis between superior hierarchy and inferior hierarchy. For Schmitt, on the other hand, the Head of State would bear such responsibility, for being the holder of the political will, and thus depicting popular aspirations; being the Constitution a political decision, the representative of the people would have the legitimacy to protect it, in accordance with the will of the people. In this study, it is discussed which theory the Supreme Court approached, in the judgment of Direct Unconstitutionality Action 4.439, in which, it was decided in favor of the compatibility of the confessional natural theology nature and the elective enrollment in public school systems, with the Federal Constitution of 1988, that is, if the arguments developed by the Major Court holds a technical character, as Kelsen intended, or if they consider the thoughts of Brazilian people, as defended by Schmitt. It is concluded that, by the analysis of the votes of the Ministers of Praetorium Excelso, the technical argument was defeated by a legal and political argument, in agreement with the popular will, intervening the performance of the STF from the custody of the Political Charter as intended by Hans Kelsen. The methodology used was the literature review, under the deductive method.

Keywords: Direct Unconstitutionality Action. Hans Kelsen. Carl Schmitt. Theory of Constitution. Secularism.

* Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP - Pibic/Unifunec

** Graduando do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP - Unifunec, e-mail: jorgelourencon@outlook.com

*** Mestre, Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP - Unifunec, e-mail: am_ortega_alonso@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os pensadores Hans Kelsen e Carl Schmitt, em suas Teorias da Constituição, divergiram acerca da figura responsável pela guarda de um texto constitucional, isto é, a quem incumbiria o dever de proteger o quanto determinado pela Constituição. O primeiro atribuiu tal tarefa a uma corte constitucional, dotada de natureza técnica, a qual seria capaz de proceder mediante uma análise igualmente técnica de compatibilidade entre normas de hierarquia superior e normas de hierarquia inferior.

Schmitt, por sua vez, relegou a guarda do Texto Maior ao chefe de Estado, o soberano, que, representante direto de um povo, sendo, inclusive, eleito por este, teria legitimidade para defender os interesses da maioria. O autor considerava a Constituição como um conjunto de valores de determinada comunidade e que a sua defesa deveria ser exercida por aquele que teria afinidade com os anseios desse grupo.

Em face dessas Teorias da Constituição, discute-se se o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.439, aproximou-se do pensamento de Hans Kelsen ou Carl Schmitt. Nessa ADI, decidiu-se pela compatibilidade entre a Carta Magna de 1988 e o ensino religioso, de natureza confessional e matrícula facultativa, nas escolas públicas, ou seja, o ensino religioso vinculado a determinada concepção de fé, ministrado por representantes religiosos nas escolas públicas, conquanto tenha matrícula não obrigatória, encontraria respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Este trabalho objetiva, outrossim, contribuir com os estudos acerca da laicidade do Estado no Brasil. Justifica-se na medida em que, na atualidade, Estado e Igreja têm se tangenciado em pontos incompatíveis com o Texto Maior e, cabendo ao STF a proteção deste, suas decisões precisam ser compreendidas com profundidade.

Parte-se da hipótese de que, ao considerar as características religiosas do povo brasileiro, a Suprema Corte tendeu ao pensamento schmittiano, quando da ADI 4.439, contrariando o artigo 102 do Texto Maior, que adotou, em tese, a concepção kelseniana quanto à sua guarda. Em outras palavras, a análise técnica, como pretendida por Hans Kelsen, se fosse empregada na referida ação, levaria a um resultado diferente do que se apresenta.

Conclui-se, por fim, que a argumentação de ordem técnica, afim à Teoria da Constituição de Hans Kelsen, restou vencida pelos argumentos extrajurídicos utilizados pelos Ministros do Pretório Excelso, que levaram em consideração a religiosidade da maioria do povo brasileiro. A tese vencedora, na ADI 4.439, aproxima-se da guarda do Texto Maior como

postulava Carl Schmitt, em que um soberano observaria os valores de uma determinada comunidade para fazer valer os termos da Constituição. Nesse cenário, afastando a análise técnica, restam prejudicados os direitos de grupos minoritários, porquanto não se protege o texto constitucional por inteiro, mas apenas pontos que tocam os anseios das maiorias.

Esta pesquisa desenvolveu-se por meio de revisão de literatura, sob o método dedutivo. Em primeiro lugar, examina-se a teoria da Constituição em Carl Schmitt e Hans Kelsen (tópicos 2 e 3). Em seguida, breves considerações são feitas acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 (tópico 4). Por fim, tem-se a análise de trechos selecionados dos votos dos Ministros na referida ação (tópico 5), que antecede a conclusão.

2 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO POR CARL SCHMITT

No século XX, dois importantes pensadores do Direito desenvolveram teorias da constituição contrapostas, em que discutiram, sobretudo, a que figura caberia a guarda do texto constitucional (MOREIRA, 2013, p. 36). Neste tópico, tratar-se-á do pensamento elaborado pelo alemão Carl Schmitt. No capítulo seguinte, tem-se a teoria abarcada por Hans Kelsen.

Inicialmente, Schmitt difere duas espécies de constituição: a primeira, escrita com a inicial minúscula, trata do próprio texto em que se positivam as normas hierarquicamente superiores em determinado ordenamento jurídico. A segunda, Constituição com inicial maiúscula, corresponde a uma decisão política, isto é, ao conjunto de valores expressos por uma sociedade. Aquela, fruto do trabalho legislativo, de caráter formal, dependeria da última, material (KAMPMANN *et al.*, 2010, p. 294).

Em outras palavras, em primeiro lugar, há uma decisão de um grupo cujos valores se sobressaem vitoriosos. Esses indivíduos, portanto, “[...] constituirão um mundo político segundo aquilo que decidiram [...]” (KAMPMANN *et al.*, 2010, p. 297). Em um segundo momento, tem-se a positivação dessa escolha, que estabelece a constituição em sentido formal. Fábio Roberto Kampmann *et al.* (2010, p. 300), nesse sentido, apontam:

Por essa razão é que teoria do direito pensada por Carl Schmitt a partir da teoria da Constituição é chamada de decisionista: o direito só existe por uma decisão que o permitiu existir, independente do que foi decidido ou da maneira pela qual ele venha a se materializar.

A defesa da Constituição em acepção material, nessa perspectiva, deveria ser tarefa de um soberano (KAMPMANN *et al.*, 2010, p. 301). Tal ideia opõe-se à teoria de Hans Kelsen, que veria essa responsabilidade atribuída a um tribunal constitucional (MOREIRA, 2013), ou,

nas palavras de Pedro da Silva Moreira (2013, p. 38), para o pensamento schmittiano, “[...] a guarda da decisão política fundamental da comunidade não poderia estar nas mãos de um tribunal, mas de uma instância que detém a última palavra em termos de política: o Chefe de Estado.”

O soberano, na defesa da decisão primeira, isto é, a Constituição, poderia violar a segunda – constituição formal (KAMPMANN *et al.*, 2010, p. 301). É o que elucidam Fábio Roberto Kampmann *et al.* (2010, p. 301), conforme se transcreve: “O Guardião da Constituição, ao seu turno, é aquele que poderá, inclusive, suspender a constituição formal e a atividade de todos os poderes instituídos para proteger a decisão política.”

Consoante, ainda, com estes últimos autores, compara-se a existência desse soberano, que traduziria suposta neutralidade, com o Poder Moderador adotado no Brasil Império (KAMPMANN *et al.*, 2010, p. 301). Transcreve-se, a seguir, o artigo 98 da Constituição de 1824, a título de curiosidade:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Adiante, o artigo 100 do mesmo texto elenca, entre os títulos do soberano do Império, aquele denominado como “Defensor Perpetuo do Brazil”, o que deixa evidente a semelhança com a figura proposta por Carl Schmitt. O imperador, acima dos demais poderes, defenderia a decisão política fundamental.

Ainda nesse caráter histórico, Carl Schmitt foi, nas palavras de Moreira (2013, p. 36), figura relevante para o partido nacional-socialista da Alemanha nazista e, nesse ínterim, o guardião da Carta Maior seria o *führer* (MOREIRA, 2013, p. 38).

A teoria schmittiana não concebe um tribunal constitucional, como quer Kelsen, como apto a emanar decisões jurídicas, mas somente de natureza política. O conteúdo das normas constitucionais seria genérico e abstrato, necessitando de um preenchimento a partir de argumentação, representada por escolhas políticas (MOREIRA, 2013, p. 37). Veja-se:

Apreciar a compatibilidade de uma lei em relação a conceitos como *direito justo*, *razoabilidade* ou *boa-fé* representa, nessa linha schmittiana, tarefa não jurídica, pois a complementação desses conceitos apenas se confirma no terreno próprio da política (MOREIRA, 2013, p. 37).

Dessa forma, tanto o Chefe de Estado quanto o tribunal constitucional emanariam decisões políticas. A diferença reside no fato de que aquele possuiria legitimidade popular (MOREIRA, 2013, p. 39):

[...] considerando-se, ademais, a legitimidade popular que possui o Presidente do *Reich*, eleito pela nação. Assim, não se torna difícil – após a exposição das ideias schmittianas – compreender a razão pela qual a defesa da Constituição, em seu pensamento, deve ficar a cargo do Chefe de Estado, **concebido como um poder independente e verdadeiramente neutro** (MOREIRA, 2013, p. 39, grifo nosso).

Com isso, a atuação do soberano estaria acima das disputas partidárias de uma nação, tendo legitimidade e poder para manter a unidade do povo e preservar a decisão política primeira (MOREIRA, 2013, p. 38-39).

Em suma, na teoria da Constituição de Schmitt, a guarda do texto constitucional caberia ao soberano, representante do povo, que teria a capacidade, inclusive, de suspender a constituição formal em defesa da decisão política fundamental, representada pela Constituição material. Com isso, estaria preservada a vontade que uniu determinada nação, isto é, seus valores fundamentais (KAMPMANN *et al.*, 2010).

A tarefa desempenhada, outrossim, pelo Chefe de Estado, demonstraria certo grau de legitimidade se comparada àquela empreendida por um tribunal constitucional. De uma ótica eleitoral, o representante da nação seria escolhido pelo povo, diversamente do que aconteceria com uma corte constitucional e, sendo que as decisões proferidas tanto pelo soberano quanto pelo órgão técnico teriam natureza política, aquele se mostraria mais apto para esse fim.

3 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EM HANS Kelsen

Em contraposição ao pensamento schmittiano, o jurista austríaco Hans Kelsen, em sua teoria da Constituição, atribui a uma corte constitucional a guarda do Texto Maior. Em princípio, acredita que o Direito independe de conteúdo, sendo, portanto, apenas um conjunto de normas (MOREIRA, 2013, p. 39).

Não há espaço, nesse sentido, para o decisionismo tal como pretendia Carl Schmitt. A Constituição, para Kelsen, é norma pura, “[...] sem qualquer consideração de cunho sociológico, político ou filosófico [...]” (PAULO; ALEXANDRINO, 2019, p. 7) e não decisão política (MOREIRA, 2013, p. 39). Outrossim:

Segundo a visão de Hans Kelsen, a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pelo sistema de valores sociais vigentes em uma comunidade, tampouco guarda relação com a ordem moral, pelo que não existiria a obrigatoriedade de o Direito coadunar-se aos ditames desta (moral). A ciência do Direito não tem a função de promover a legitimação do ordenamento jurídico com base nos valores sociais existentes,

devido unicamente conhecê-lo e descrevê-lo de forma genérica, hipotética e abstrata (PAULO; ALEXANDRINO, 2019, p. 7).

Em outras palavras, o Direito trata de um conjunto de normas cujo conteúdo pode ser variado. Não está, pois, necessariamente, baseado nos valores de uma comunidade. O pensamento de Kelsen é denominado, portanto, como Teoria Pura do Direito e buscava “[...] desvincular a ciência jurídica de valores morais, políticos, sociais ou filosóficos” (PAULO; ALEXANDRINO, 2019, p. 7).

Há duas acepções para Constituição em Kelsen: a uma, tem-se uma norma fundamental hipotética, que, a duas, fundamenta o Texto Maior positivado. Em outras palavras, aquela é pressuposta, imaginada; esta, posta (PAULO e ALEXANDRINO, 2019, p. 7). Em seguida, a Constituição positiva, sendo norma e seja qual for seu conteúdo, permite validade às demais normas, que lhe são hierarquicamente inferiores (MOREIRA, 2013, p. 39).

Em suma, pode-se dizer que há normais infraconstitucionais, regulando diversos âmbitos da vida humana. Há, ainda, a Constituição posta, que trata de matérias, por exemplo, relativas à organização do Estado e aos direitos fundamentais dos indivíduos. Por fim, observa-se a norma fundamental hipotética, cujo conteúdo traduz-se, nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2019, p. 8), na ordem para que os sujeitos ajam consoante determinado pelo autor da Carta Constitucional. Observe:

O fundamento de validade das normas não está na realidade social do Estado, mas sim na relação de hierarquia existente entre elas. Uma norma inferior tem fundamento na norma superior, e esta tem fundamento na Constituição positiva. Esta, por sua vez, se apoia na norma fundamental hipotética, que não é uma norma positiva (posta), mas uma norma imaginada, pressuposta, pensada (PAULO; ALEXANDRINO, 2019, p. 8).

A guarda da Constituição, nesse sistema, pressupõe análise lógica entre a compatibilidade do objeto em exame e a norma superior que lhe dá fundamento. Logo, uma norma infraconstitucional deve ser afim à Constituição. Sendo tal procedimento de ordem técnica, seria atribuído a um órgão igualmente técnico, ou seja, um Tribunal Constitucional (MOREIRA, 2013, p. 40).

Hans Kelsen não nega a relação entre política e Direito, mas transpõe aquela ao momento de discricionariedade do julgador. Diferentemente de Schmitt, que fundamenta as interpretações de uma corte constitucional no decisionismo, a Teoria Pura do Direito afirma a relação entre o Tribunal Constitucional e a valoração política no que tange à possibilidade de um intérprete optar por diferentes alternativas pré-concebidas no próprio ordenamento jurídico

(MOREIRA, 2013, p. 40). Para fundamentar suas escolhas, o julgador tem certa liberdade e, por conseguinte, possibilidade de ponderação política dentro do próprio Texto Maior.

O Tribunal Constitucional, ademais, perfazendo um trabalho técnico na análise de disposições infraconstitucionais quanto à sua compatibilidade com a norma hierarquicamente superior de um povo, revela seu caráter contramajoritário. O parlamento de uma sociedade constitui-se pela pluralidade de valores dos eleitores. Contra o império das decisões da maioria, o guardião da Constituição faria valer o Texto Maior, mesmo quando divergisse das vontades de um grupo dominante (MOREIRA, 2013, p. 41).

Frise-se que, para Hans Kelsen, o conteúdo do Direito pode ser variado. Com isso, entende-se que disposições contrárias à vontade hegemônica podem estar contidas no texto constitucional. A função do órgão técnico é preservar o que dita a norma hierarquicamente superior, sendo convergente ou não ao sabor dos interesses majoritários. Assim, acaba por resguardar, também, os direitos das minorias. Traduz-se, portanto, sua natureza contramajoritária.

Tem-se, ante o exposto, a diferença da atuação do guardião da Constituição para Kelsen e para Schmitt. Naquele, há a função de preservar o que está inserido na norma superior, mesmo quando incompatível com interesses de grupos mais fortes. Para o segundo, o guardião teria a incumbência de defender a vontade fundante de certa sociedade, o que não significaria, em tese, um desagrado à maioria.

A Constituição Federal de 1988 entregou a guarda do Texto Maior ao Supremo Tribunal Federal (ALEXANDRINO; PAULO, 2019, p. 691). Assim dispõe o *caput* do artigo 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”. Com isso, tem-se que, na teoria, o modelo de Hans Kelsen prosperou no ordenamento jurídico brasileiro e no mundo. Nesse sentido:

[...] há de se ressaltar a atualidade daquele debate ocorrido em meados de 1930. Se triunfou, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional como guardião da Constituição, é porque havia a necessidade de conter, minimamente e com bases jurídico-normativas, o poder político da maioria. E, nesse sentido, prevaleceu o caráter kelseniano acerca da essência contramajoritária do Tribunal Constitucional (MOREIRA, 2013, p. 47).

Nas próximas páginas, debate-se se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, que discutiu a validade do ensino confessional nas escolas públicas, amoldou-se à teoria, tendo a Suprema Corte como órgão técnico e contramajoritário, na visão kelseniana, ou se aproximou-se da teoria de Carl Schmitt, assumindo a posição de

soberano e fundando-se nas interpretações de cunho político, distante da análise técnico-normativa.

4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.439: LINHAS GERAIS

A ação direta de inconstitucionalidade – ADI, na visão de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2019, p. 858), tem por objetivo a defesa da ordem constitucional. Assim, analisa-se, na esfera federal, a compatibilidade de lei ou ato normativo, seja federal ou estadual, com o Texto Maior. Tratando do controle abstrato de normas, não se debruça sobre o caso concreto e sim sobre a norma em si. Com isso, é mecanismo de defesa da Constituição, competindo, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, tal ação, nos termos do artigo 102, inciso I, “a”, da Carta Política.

Em outras palavras, por meio desse mecanismo, a Suprema Corte declara se determinada lei está em consonância com a Constituição Federal, isto é, se compatibiliza-se com seu espírito. Contrariando-a, o objeto da ADI é invalidado. Veja:

[...] trata-se de ação inserida no âmbito do chamado controle abstrato de normas, cuja finalidade não é a tutela de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse pessoal juridicamente protegido que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão; cuida-se de instrumento de defesa da Constituição, da harmonia do sistema jurídico, com o fim de expelir do ordenamento as leis incompatíveis com a Lei Maior (PAULO; ALEXANDRINO, 2019, p. 858).

Nesse diapasão, tem-se que, diante da teoria de Hans Kelsen, à Corte Suprema incumbe a guarda da Carta Magna, fazendo-o, dentre outras maneiras, por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Analisar-se-á, pois, se a ADI nº 4.439 cumpriu tal premissa, revelando um trabalho técnico da mais alta cúpula do Judiciário, ou se, aproximando-se da teoria de Carl Schmitt, atuou sob as influências da vontade política.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) questionou, na ação acima referida, o modelo de ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, pleiteando interpretação conforme a Constituição Federal de dois dispositivos normativos, quais sejam, o artigo 33, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, e o artigo 11, parágrafo 1º, do Decreto nº 7.107/2010, que trata do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé acerca do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, consoante relatório (ADI 4.439, p. 2/10). A seguir, quanto àquela Lei, tem-se a redação discutida:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das

escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

No tocante ao Acordo Brasil-Santa Sé, dispõe o parágrafo 1º do artigo 11:

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

Segundo a PGR, o caráter confessional do ensino religioso não se compatibilizaria com a laicidade do Estado brasileiro, cravada no artigo 19, inciso I, da Carta Política. Buscava, pois, a natureza não confessional de tal matéria, bem como a inadmissão de representantes religiosos como professores (ADI 4.439, p. 2/10). O Ministro Luís Roberto Barroso, Relator da ADI 4.439, assim resumiu a pretensão do Ministério Público:

A tese defendida pela Procuradoria-Geral da República é a de que a única forma de compatibilizar o caráter laico do Estado brasileiro (CF/1988, art. 19, I) com o ensino religioso nas escolas públicas (CF/1988, art. 210, § 1º) consiste na adoção de modelo não-confessional. Nesse modelo, a disciplina deve ter como conteúdo programático a exposição das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões, incluindo posições não-religiosas, “*sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores*”, e deve ser ministrada por professores regulares da rede pública de ensino, e não por “*pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas*” (ADI 4.439, p. 4, grifo do autor).

O Relator votou pela procedência do pedido, sendo seguido pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. No entanto, foram vencidos pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia. Assim, restou assente a constitucionalidade do ensino religioso, de matrícula facultativa, na rede pública, vinculando-se a religiões, sem que se prejudique o caráter laico do Estado.

Nos termos da ementa da respectiva ação, tem-se o seguinte excerto:

5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu *direito subjetivo ao ensino religioso* como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos *dogmas da fé*, inconfundível com outros ramos do

conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões (ADI 4.439, p. 4, grifo nosso).

O trecho acima transcrito trata, especificamente, do artigo 210, § 1º, do Texto Maior, explicando a compatibilização entre o objeto da ADI 4.439 e a Constituição Federal. Assim e, em suma, desempenhando o papel de guardião da Carta Política, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ensino religioso de caráter facultativo, em escolas públicas, converge com o disposto pela norma superior.

Passa-se, agora, à análise de trechos de votos dos Ministros da Suprema Corte, devendo-se concluir, ao fim, qual delas se mostrou mais afim à atuação do Pretório Excelso no controle de constitucionalidade em questão. Pontue-se que nem todos os votos serão mencionados, bem como não se discorrerá sobre o seu inteiro teor, haja vista os limites deste trabalho. São citados, pois, momentos em que mais evidente está o embate entre as teorias da Constituição já analisadas.

5 OS ARGUMENTOS JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS NA ADI 4.439

Temas que circundam a religião e a laicidade do Estado podem mexer com convicções por demais subjetivas do intérprete. Assunto que tangencia a moralidade e à fé exige cuidado, tendo em vista o caráter pessoal daquilo que perpassa os mais íntimos juízos. Em um julgamento acerca da constitucionalidade do ensino religioso em escolas públicas, pressões de uma sociedade majoritariamente cristã, segundo pesquisa Datafolha, veiculada pelo G1, bem como a fé de cada julgador, podem influir no resultado da decisão, afastando-se do tecnicismo exigido pelo pensamento de Hans Kelsen, em que a validade de uma lei infraconstitucional está subordinada à sua correspondência jurídica com o Texto Maior (DATAFOLHA, 2020).

Em viés semelhante, ao analisar o julgamento da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) pelo Pretório Excelso, Pedro da Silva Moreira (2013, p. 42) afirmou:

Quando a jurisdição constitucional tem de interpretar a Constituição para resolver casos de grande impacto político, cuja impopularidade muitas vezes é um risco (a ser ou não assumido), é que renasce a polêmica entre Kelsen e Schmitt e que se nota, nesse sentido, a opção por um lado ou por outro.

A hipótese em discussão, neste trabalho, dispõe que o Supremo Tribunal Federal se alinhou à teoria de Carl Schmitt quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, que decidiu pela compatibilidade do ensino confessional facultativo, na rede pública de ensino, com a Carta Magna. Passa-se, pois, à análise do voto do Relator, que restou vencido.

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, pontuou, na antecipação de seu voto (ADI 4.439, p. 1/22), que a presença do ensino religioso nas escolas públicas era exceção à laicidade do Estado, permitida pela própria Constituição Federal de 1988, nos termos da redação original do artigo 210, parágrafo 1º. Discutia-se, então, se tal ensino poderia ter natureza confessional, isto é, vinculado à determinada religião. Para o julgador, tal interpretação, tida como ampliativa, não poderia prosperar, sob pena de violação do princípio da laicidade. São suas palavras:

A laicidade pode ser repartida em três conteúdos diversos e importantes, dignos de nota aqui. O primeiro conteúdo do princípio da laicidade é a separação formal entre Igreja e Estado. E aqui há três problemas - na tese de que é possível o ensino religioso confessional - de identificação entre o Estado e Igreja. O primeiro: o espaço público, que é a sala de aula, estaria sendo cedido para a pregação de uma religião específica. Em segundo lugar, **o segundo momento de identificação proibida entre Estado e religião é o de permitir que professores sejam admitidos como representantes das religiões, porque, de novo, há uma identificação entre o Estado e a Igreja, porque alguém admitido pelo Estado é um servidor público e um servidor público representa o Estado ou apresenta o Estado**, como se prefira. E, em terceiro lugar, haveria o problema de o Estado remunerar este professor representante de uma confissão religiosa. Portanto, com todo o respeito por quem tenha convicção diferente, **o ensino religioso confessional viola a laicidade porque identifica Estado e Igreja, o que é vedado pela Constituição** (ADI 4.439, p. 12/13, grifo nosso).

Além disso, apontou que religiões majoritárias seriam favorecidas nessa abordagem educacional, haja vista a impossibilidade de o Estado oferecer condições para que inúmeras vertentes de fé fossem contempladas (ADI 4.439, p. 1/22). Desse modo, estaria em xeque a neutralidade estatal acerca de matéria religiosa, corolária da laicidade, ao protagonizar uma linha de pensamento místico em virtude de outra.

Não somente quanto ao princípio da laicidade, em específico, o Ministro debruça-se também sobre o comprometimento da própria liberdade religiosa, que é direito fundamental, porquanto o ensino religioso confessional, embora facultativo, obrigaria crianças a se matricularem em disciplinas de determinada fé, mesmo que oposta à sua, para não se verem excluídas do convívio social (ADI 4.439, p. 1/22).

O julgador registra, outrossim, que o papel do Pretório Excelso tem caráter contramajoritário, protegendo o direito das minorias (ADI 4.439, p. 1/22), se assim estabelecer o texto constitucional, o que, veja-se, encontra respaldo nas concepções de Hans Kelsen sobre a guarda da Carta Política. Nesse sentido, assinala:

Não por outra razão, Presidente - e eu não considero isso uma informação irrelevante, **não que, quando estejamos lidando com a Constituição, os sentimentos majoritários devam sempre prevalecer; muitas vezes, o nosso papel é proteger o direito fundamental de uma pessoa contra todos**, mas,

evidentemente, na construção de uma política pública e na interpretação de um dispositivo não é indiferente, nem irrelevante, saber o que a sociedade pensa [...] (ADI 4.439, p. 14, grifo nosso).

Nesse momento do voto, dispôs que a maioria das entidades ouvidas em audiência pública mostrou-se contrária à natureza confessional do ensino religioso, mesmo que isso não fosse decisivo para uma corte constitucional, a qual deve agir inclusive quando em dissonância com o pensamento majoritário. Nada obstante, tal informação lhe pareceu relevante (ADI 4.439, p. 1/22).

Por fim, ao sugerir a ementa da referida ação direta de inconstitucionalidade, importante trecho deve ser aqui reproduzido:

3 - Somente o modelo não confessional de ensino religioso nas escolas públicas é capaz de se compatibilizar com o princípio da laicidade estatal. Nessa modalidade, a disciplina consiste na exposição neutra e objetiva das doutrinas práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões, incluindo posições não religiosas, e é ministrada por professores regulares da rede pública de ensino e não por pessoas vinculadas às confissões religiosas (ADI 4.439, p. 21, grifo nosso).

Ante o exposto, a posição do Ministro Relator, em uma análise técnica, compatibilizou a norma constitucional que permite o ensino religioso nas escolas públicas, qual seja, o artigo 210, parágrafo 1º, em sua redação original, com o princípio da laicidade do Estado, estampado pelo artigo 19, inciso I, também do Texto Maior, de modo a estabelecer um ensino não confessional.

Em contrapartida, a tese que prosperou trata da vinculação do ensino religioso à determinada fé. Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli discorreu em seu voto:

Também já se falou, nesta Casa, que **laicidade não se confunde com laicismo** e que **o Estado brasileiro não é inimigo da fé, tampouco rejeita o sentimento religioso que permeia a sociedade brasileira.** Prova disso são as **inúmeras previsões constantes da Constituição Federal que têm por escopo garantir a liberdade de crença e de religião** (ADI 4.439, p. 33, grifo do autor).

Mais adiante, complementa o julgador que “[...] o sentimento religioso permeia a construção cultural do povo brasileiro e não pode ser ignorado pelo poder público e pelo legislador.” (ADI 4.439, p. 4). Nada obstante elenque os dispositivos da Carta Magna em que há toques entre o Estado e a crença, o argumento do Ministro invoca, inicialmente, a relevância da fé para a sociedade brasileira (ADI 4.439, p. 1/14).

Discutiu-se, anteriormente, que o papel de uma corte constitucional, como queria Kelsen, apresentava natureza contramajoritária. Nesse diapasão, não seria relevante o

sentimento religioso de um povo para se debater a validade de uma lei quando comparada à sua norma fundante. O Ministro Dias Toffoli, asseverando a inexistência de uma separação absoluta entre o espaço público e o sentimento religioso (ADI 4.439, p. 1/14), reflete em sentido mais afeto ao político que ao jurídico-normativo.

Para o seu pensamento, outrossim, a compatibilidade entre laicidade e ensino religioso confessional repousaria na facultatividade deste. Interessante, ainda, é o reconhecimento da atuação contramajoritária da Suprema Corte, conquanto afirme que o ensino religioso não confessional exigiria uma mudança da sociedade brasileira, que seria majoritariamente religiosa (ADI 4.439, p. 1/14). Veja-se:

Com efeito, o Direito é fruto da atividade humana e, por essa mesma razão, recebe influxo do espírito de uma época, de um povo, em um determinado momento, e enquanto essa conjuntura permanecer, deve permanecer o sentido original da norma.

Assim, **para se admitir que o ensino religioso não mais se dê nos moldes previstos na Carta de 1988, o retrato atual da sociedade brasileira teria que destoar daquele de então. No entanto, no último censo realizado pelo IBGE (2010), 92% dos brasileiros se declararam como adeptos de uma religião.**

Não se está com isso a defender posição majoritária em detrimento de minorias religiosas. De forma alguma. Até mesmo porque o modelo de Estado Democrático brasileiro que se deseja é plural e inclusivo, já havendo a Corte adotado posições contramajoritárias, a fim de concretizar os postulados da Constituição de 1988.

Está-se a afirmar que **a Constituição fez uma opção válida pelo ensino religioso**, resguardando a laicidade do Estado e a liberdade de crença com a previsão de facultatividade de participação, e que **essa escolha é, ainda hoje, justificável pelos parâmetros vigentes.**

Conforme assentei alhures, o Estado brasileiro não é inimigo da fé e leva em consideração o sentimento religioso e a formação cultural do povo brasileiro (ADI 4.439, p. 10/11, grifo do autor).

Atente-se para o fato de que, no trecho acima transcrito, o Ministro recorre aos valores de uma comunidade, em sentido semelhante à vontade política de um povo, que funda a Constituição, na ótica schmittiana. Em seguida, postula pelo peso que há no fato de uma sociedade ser religiosa, mesmo que afirme precedentes contramajoritários da Corte e conclui que o sentimento religioso e a formação cultural devem ser considerados.

Ora, o normativismo de Hans Kelsen, conforme exposto, parte de uma análise técnica das normas. Não há como se compatibilizar o ensino vinculado à determinada fé no espaço público com a separação entre Estado e Igreja, característica das democracias ocidentais.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto e de igual modo, acredita que “A escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira. Ela deve ser um microcosmo da participação de

todas as religiões e também daqueles que livremente optaram por não ter nenhuma” (ADI 4.439, p. 8). Com isso, leva em consideração a religiosidade do povo brasileiro, afirmando que todas as crenças e descrenças devem ser respeitadas. No entanto, sua solução reside em permitir que a escola pública esteja vinculada a uma vertente de fé (ADI 4.439, p. 1/12), o que parece contraditório. Como se poderia resguardar o direito de todos, se somente alguns, na prática, teriam espaço? Esta indagação já foi debatida acima, no voto do Relator.

Ante o exposto, tem-se que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 abarcou argumentos jurídicos e, para além desses, considerou a opinião pública, traduzida na religiosidade do povo brasileiro. Entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, a tese acolhida pela maior parte dos Ministros parece tocar o que pretendia o segundo pensador, que defendia um sentido político de Constituição.

6 CONCLUSÃO

As Teorias da Constituição de Hans Kelsen e Carl Schmitt divergiram sobre a guarda do Texto Maior. Aquele defendia que essa atribuição seria de responsabilidade de uma corte constitucional, órgão técnico incumbido de analisar a compatibilidade entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, em determinado ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo. Schmitt, por outro lado, sustentava que o guardião seria o chefe de Estado, o soberano, eleito pelo povo e, portanto, legitimado a defender os seus valores e interesses.

Neste trabalho, discute-se a qual teoria assemelhou-se o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, que decidiu pela compatibilidade do ensino religioso, de natureza confessional e matrícula facultativa, na rede pública de ensino, com a Constituição Federal de 1988, partindo da hipótese de que teria prosperado o pensamento schmittiano, em que os julgadores, exercendo papel afim à figura do soberano, teriam considerado a vontade de uma maioria religiosa.

Trechos analisados dos votos dos Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que optaram pela constitucionalidade do ensino vinculado a determinada religião no espaço público, deixaram evidente que o sentimento religioso da população brasileira deveria ser levado em consideração para a decisão da Corte Maior, embora não o fosse determinante. Aquele julgador, inclusive, chega a afirmar que, para um ensino não confessional, a característica de fé da comunidade deveria ser diferente daquela quando da promulgação da Carta Magna.

Em sentido contrário, a tese vencida, abordada no voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, asseverava que a laicidade do Estado, que pressupõe a neutralidade deste em relação às diversas concepções de ordem religiosa, restaria comprometida com o ensino confessional, haja vista a primazia que, inevitavelmente, adviria da falta de condição de o Estado proporcionar espaço para todas as vertentes de fé nas escolas públicas.

Conclui-se, nesse cenário, que a tese pela inconstitucionalidade do ensino religioso confessional, cuja argumentação reveste-se de caráter técnico, não prosperou em face da tese pela constitucionalidade, a qual, nada obstante, elencou argumentos extrajurídicos que sustentassem a decisão. Esses últimos argumentos, que perpassam a moralidade e consideram a vontade da maioria religiosa do povo brasileiro, são semelhantes ao que pretendia Carl Schmitt para o papel de guardião da Carta Maior.

Nesse viés, a atuação da Suprema Corte, no bojo da ADI 4.439, distancia-se da função que comumente lhe é atribuída, baseada nos estudos kelsenianos, isto é, de órgão que procede mediante análise técnica de compatibilidade de normas de diferentes hierarquias. Ao considerar o pensamento majoritário de uma comunidade, põe em xeque sua natureza contramajoritária, responsável por proteger o direito de todos, inclusive de grupos minoritários, se assim estiverem resguardados pelo texto constitucional.

A maioria, no caso em questão, são os brasileiros e brasileiras religiosos, que podem encontrar, com o quanto decidido na ADI 4.439, espaço para suas manifestações de fé no espaço público. Em oposição, perdem lugar – e direitos – os indivíduos que não expressam qualquer fé, bem como as religiões minoritárias, que não ocupariam a rede pública de ensino, como destacado pelo Ministro Relator. O guardião da Constituição, assim, mostra-se falho na sua tarefa de proteger o texto constitucional: não há como prosperar se o direito de poucos não for afirmado. Quem protegeria tudo quanto exposto pelo Texto Maior se seu próprio guardião privilegia apenas um grupo?

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2016;

BRASIL. Constituição do Império (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.107**, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Brasília, DF, 11 de fev. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em 07 set. 2020;

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 20 de dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 07 set. 2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Relator p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 27 set. 2017, Brasília, DF, Data de Publicação: 21 jun. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 06 set. 2020;

DATAFOLHA. 50% dos brasileiros são católicos, 31%, evangélicos e 10% não tem religião. 13 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 09 set. 2020;

KAMPMANN, Fábio Roberto *et al.* A Teoria da Constituição na obra de Carl Schmitt. Trabalho apresentado no **IX Simpósio de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional** – ABDConst, em Curitiba (PR), nos dias 21, 22 e 23 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/portouniao.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MOREIRA, Pedro da Silva. O Supremo Tribunal Federal entre Schmitt e Kelsen: o guardião da constituição no julgamento da “ficha limpa”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 21, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/12/0>. Acesso em: 05 set. 2020;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2019.