

# DISCRIMINAÇÃO OU LIBERDADE RELIGIOSA? ESTUDO DE DECISÃO JUDICIAL SOBRE CEMITÉRIOS LUTERANOS E CEMITÉRIOS CATÓLICOS EM LOCALIDADE NO INTERIOR DO RIO GRANDE DO SUL SOB O ENFOQUE DA TEORIA DOS CONSTRANGIMENTOS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO<sup>1</sup>

DISCRIMINATION OR RELIGIOUS FREEDOM? JUDICIAL  
DECISION STUDY ABOUT LUTERAN CEMETERIES AND  
CATHOLIC CEMETERIES IN LOCALITY IN THE INTERIOR  
OF RIO GRANDE DO SUL UNDER THE APPROACH OF  
THEORY OF CONSTRAINTS LEGAL REASONING

## **Roberta Marina Cioatto**

Professora Visitante do Instituto Federal Goiano – *campus* Ceres. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do grupo Direitos Sociais, Deveres Fundamentais e Neoliberalismo (UFOB/CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4207-4473>. E-mail: [roberta.cioatto@ufob.edu.br](mailto:roberta.cioatto@ufob.edu.br)

## **André Soares Oliveira**

Professor Assistente da Unidade Acadêmica de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande (UAD/CCJS/UFCG). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Líder do Grupo de Pesquisa "Constituição, Clima e Democracia" (CCD/UFCG/CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5195-8858> E-mail: [andre.soares@professor.ufcg.edu.br](mailto:andre.soares@professor.ufcg.edu.br)

<sup>1</sup> A primeira versão deste trabalho foi apresentada como atividade avaliativa da disciplina Pensamento Jurídico Contemporâneo, do PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina e corrigida pela professora correspondente. Depois, foi aprimorada pela autora e revisada e complementada pelo autor deste artigo.

**Resumo:** No interior do Rio Grande do Sul existem comunidades religiosas que apenas permitem o sepultamento, em seus cemitérios, de pessoas que compartilham do mesmo credo. Luteranos são enterrados em cemitérios luteranos; católicos, em cemitérios católicos. Diante de acidente de trânsito que ceifou a vida de familiares com diferentes crenças, o TJRS entendeu que eles deveriam ter sido recebidos sob a mesma lápide. Reformando a decisão de primeiro grau, deferiu o pedido de indenização por danos morais. Do contrário, tratar-se-ia de discriminação em razão da opção religiosa de um dos falecidos. Mas a negativa não se deu em virtude da crença religiosa. Como, a partir da teoria dos constrangimentos, foi construída a argumentação nesse caso? Sob o enfoque da versão francesa da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico, este trabalho teve como objetivo identificar como foi construída a decisão de segundo grau. Trata-se de estudo de caso. Encontrou-se, na argumentação jurídica desenvolvida no acórdão, elementos para identificação da atuação dos constrangimentos.

**Palavras-chave:** Cemitérios particulares. Discriminação religiosa. Liberdade religiosa. Teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico. Teoria realista da interpretação.

**Abstract:** In the interior of Rio Grande do Sul there are religious communities that only allow the burial, in their cemeteries, of people who share the same creed. Lutherans are buried in Lutheran cemeteries and Catholics are buried in Catholic cemeteries. Faced with a traffic accident that took the lives of family members with different beliefs, TJRS understood that they should have been buried under the same headstone. Reforming the decision of the first instance court, it granted the request for compensation for moral damages. Otherwise, it would be discrimination based on the religious choice of one of the deceased. But the refusal was not due to the religious belief. How, based on the theory of constraints, was the argument constructed in this case? Under the focus of the French version of the theory of constraints legal reasoning, this work aimed to identify how the second degree decision was constructed. This is a case study. Elements in the legal argumentation of the decision were found to identify the performance of the constraints.

**Keywords:** Private cemeteries. Religious discrimination. Religious freedom. Theory of constraints legal reasoning. Realistic theory of interpretation.

**Sumário:** Introdução – **1** Os fatos, a sentença e o acórdão – **2** A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico – **3** O acórdão sob exame – Considerações finais – Referências

## Introdução

Em pequenas localidades de colonização alemã do interior do estado do Rio Grande do Sul, cada comunidade religiosa – regra geral de luteranos e de católicos – mantém seu cemitério particular, nele podendo ser sepultados somente aqueles que do respectivo credo compartilham. É o caso de Poço das Antas, município de pouco mais de dois mil habitantes, onde os fatos transcorreram.

Diante de tais disposições, quando do falecimento simultâneo de três membros de uma família, estes não puderam ser sepultados no mesmo cemitério. Por esta razão, a sobrevivente ajuizou ação de indenização por danos morais. Em primeiro grau, a magistrada entendeu não ter havido discriminação religiosa, mas respeito a regras milenares da religião. Em grau de recurso, entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado decidiu pela procedência do pedido por entender tratar-se de discriminação em razão da opção religiosa de um dos falecidos.

Diante disso, surgiu o problema desta pesquisa. Como, a partir da teoria dos constrangimentos, foi construída a argumentação nesse caso? Sob o enfoque da versão francesa da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico, subproduto da teoria realista da interpretação, este trabalho teve como objetivo identificar como foi construída a decisão de segundo grau. Em virtude da tentativa de compreensão do raciocínio jurídico, uma vez que o debate sobre a qualidade da justificação das decisões judiciais é escasso no Brasil, justifica-se o presente trabalho.

Trata-se de estudo de caso utilizando-se de pesquisa bibliográfica. Inicialmente, narraram-se os fatos conforme informações constantes do relatório da sentença de primeiro grau e do acórdão, uma vez que não se teve acesso aos autos do processo. Fez-se uma breve apresentação da fundamentação de ambas as decisões, de primeiro e de segundo grau. Em seguida, explanou-se sobre a teoria dos constrangimentos jurídicos. Por fim, passou-se a examinar os fundamentos do acórdão a partir da teoria.

## 1 Os fatos, a sentença e o acórdão

Faleceram, em um mesmo acidente automobilístico, três pessoas: um homem e uma mulher que há muito conviviam em união estável e a mãe de um desses companheiros. O casal morava em Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul e, a sogra, no interior do estado. Em decorrência, a filha dos primeiros e neta da segunda providenciou os atos fúnebres, tomando as medidas para o velório e para o sepultamento dos corpos na pequena cidade interiorana de residência da avó e frequentada pelos demais. No mesmo local, estaria sepultado seu avô materno.

Inobstante lhe tenha sido permitido que seus familiares, diante da extraordinária situação, poderiam ser velados conjuntamente na mesma casa mortuária católica – como de fato ocorreu<sup>2</sup> – o genitor, luterano e, portanto, por não pertencer àquela comunidade religiosa, não poderia ser sepultado no cemitério de propriedade da Mitra Diocesana.

Em respeito às normas da Igreja, o enterro da mãe e da avó ocorreram pela manhã. Foram sepultadas no cemitério católico da cidade, uma vez que membros da correspondente associação. Na qualidade de sócias, pagavam as duas mensalidades anuais exigidas. O pai foi sepultado à tarde, em cemitério luterano de

<sup>2</sup> “Houve uma reunião extraordinária pelos membros da igreja católica para que o velório fosse junto, já que a situação foi muito traumática”, disse uma das testemunhas, conforme sentença. Prosseguiu. “O velório foi nas dependências da igreja católica. Teve uma missa de corpo presente”. “No necrotério os corpos estavam juntos, local onde tanto o padre, como o pastor, fizeram os atos fúnebres” (TJRS, 2016).

localidade próxima, onde já se encontrava sepultado outro familiar. Sentindo-se abalada moralmente, sua filha ajuizou ação de indenização por danos morais contra o padre e contra a diocese.

Quando do julgamento da ação, a magistrada de primeiro grau baseou sua decisão na prova oral colhida durante a instrução processual. Sendo incontestada a negativa dos requeridos em enterrar o pai da parte autora no cemitério católico, a lide limitou-se acerca da licitude ou ilicitude da negativa ao enterro no lugar pleiteado e, conseqüentemente, do dever de indenizar. Na cidade de residência dos genitores da demandante existe cemitério ecumênico a congregar diferentes credos ou ideologias. Seu pai era sócio de comunidade luterana da capital, cujo pastor, na oportunidade, deslocou-se para o interior do estado para presidir a cerimônia fúnebre.

Quem pretende enterrar pessoa em cemitério pertencente à associação privada, disse a Magistrada, deve atender ao regulamento fixado por seus administradores. Por parte dos requeridos não houve discriminação religiosa, mas observância a diretrizes consuetudinárias estabelecidas pela civilização cristã. A negativa não se deu em virtude da crença religiosa do *de cuius*, mas por lhe faltar condição de membro da comunidade e em razão do respeito a regras milenares da religião católica. Nesse sentido, fez referência ao resultado de julgamento de apelação cível, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. À parte autora incumbe a prova dos fatos constitutivos ao seu direito – art. 333, I do CPC. Caso em que as demandantes tentaram enterrar familiar no cemitério da comunidade ré, sem o devido pagamento de “taxa” para a associação. Ausência de demonstração de ser o finado “sócio” da comunidade. Inexistência de excesso no momento da exigência do adimplemento de valores. Dever de indenizar não configurado. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70062040407, Décima Câmara Cível, TJRS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/05/2015).

Em se tratando de cemitério particular – e, portanto, diante da possibilidade do estabelecimento de critérios e requisitos para aqueles que pretendem utilizá-lo, a juíza de primeiro grau não vislumbrou a hipótese de responsabilidade extracontratual subjetiva do artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Afirmou ser a liberdade

religiosa direito fundamental garantido expressamente no art. 5º, incisos VI e VIII,<sup>3</sup> da Constituição Federal, como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consoante disposto no art. 1º, III.<sup>4</sup>

Dizendo inexistir legislação pátria sobre o tema, entendeu dever a lide ser julgada de acordo com a analogia, com os costumes e com os princípios gerais de direito, consoante artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB.<sup>5</sup> E outro não era o costume da pequena comunidade, fundamentou: somente os associados são enterrados no cemitério católico. Considerando o local de exercício de culto religioso, o direito à liberdade religiosa e a inexistência de ato ilícito, julgou-se improcedente o pedido indenizatório. Mas fez sem desconsiderar os sentimentos de tristeza, desolação e desespero da demandante, tendo em vista a abrupta perda da convivência com entes queridos e o indesejável transtorno ocorrido em situação tão delicada.

Em grau de recurso, reformando a sentença de primeiro grau, a 9ª Câmara Cível do TJRS decidiu pela procedência do pedido por entender tratar-se de discriminação em razão de opção religiosa. Reconheceram-se os danos morais por saber a parte autora “que seu pai e sua mãe, que em vida se uniram pelo amor, desconsiderando diferenças religiosas, agora jazem para todo o sempre separados, pela incompreensão e intolerância religiosa do preposto da demandada”.<sup>6</sup>

O caso se deu em pequena localidade interiorana, onde inexistente cemitério público municipal. Cada comunidade religiosa possui seu cemitério próprio (ao todo quatro), embora no perímetro urbano da cidade só exista o católico. Em tal contexto, cada família enterra seus mortos no cemitério de sua comunidade, e a separação, segundo o desembargador relator, configura opção protegida pelo princípio constitucional implícito da autodeterminação individual, familiar e social. Mas, mesmo considerando que as pessoas têm “o direito de viver e terminar seus dias

<sup>3</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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;

<sup>4</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;

<sup>5</sup> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>6</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 15.

da forma como entenderem correto e adequado, desde que não prejudiquem aos demais”,<sup>7</sup> a decisão é no sentido de que o caso merecia solução diversa diante das peculiaridades apresentadas.

Por natural opção da autora, pretendeu ela velar e enterrar juntos, no cemitério católico, onde já se encontrava sepultado seu avô materno, os seus três mais próximos familiares em mais uma etapa ritual dessa sua verdadeira tragédia familiar.<sup>8</sup>

Diante da singularidade do caso, prosseguiu o desembargador, “faltou evidente sensibilidade ao representante da Igreja, ao não reconhecer a excepcionalidade da situação”, sendo a religião de um dos falecidos a razão principal para o impedimento da inumação.<sup>9</sup>

Há um direito natural de prestar honras fúnebres aos entes familiares que se perde nas brumas da história e há um direito fundamental, presente nos textos constitucionais contemporâneos, de não sofrer qualquer discriminação em razão de opção religiosa.<sup>10</sup>

Quanto ao aspecto de direitos naturais como algo acima das leis dos homens, o relator lembrou o diálogo entre Antígona e Creonte, na tragédia de Sófocles, em que Antígona desafia a lei da cidade de Tebas para poder prestar honras fúnebres ao irmão, quem havia lutado contra a cidade e, portanto, não poderia ser sepultado. Recordou, ainda, a *Ilíada*, de Homero, em que o rei de Troia, Príamo, igualmente arrisca a vida para resgatar o corpo do príncipe Heitor, seu primogênito morto por Aquiles, para que Ihe pudesse oferecer homenagens fúnebres.

No que concerne ao direito a não ser discriminado, referiu ter sido consagrado em todas as modernas constituições. Da decisão, constam palavras de Boaventura de Souza Santos: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”. Pessoas são naturalmente diferentes e também em razão

<sup>7</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 6.

<sup>8</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 6.

<sup>9</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 7.

<sup>10</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 10.

de escolhas de vida e opções existenciais, reconheceu o relator, devendo tais diferenças serem respeitadas. Todavia, prosseguiu, não devem ser discriminadas negativamente, perdendo oportunidades em razão de fatores tão irrelevantes como crenças religiosas. “No caso em tela, a prova produzida revelou que foi a religião luterana a razão pela qual não foi permitida a inumação do corpo do pai da autora no cemitério da ré”.<sup>11</sup>

Por fim, disse, no tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, a Mitra Diocesana é a proprietária do cemitério, alegando em sua defesa ter o direito de estabelecer exigências para sua utilização. “De um lado, portanto, invoca-se o direito de propriedade e de outro o direito a não discriminação por questão religiosa”.<sup>12</sup>

Os direitos fundamentais surgiram em defesa do cidadão contra o Estado. Igualmente, vigoram nas relações entre particulares, embora discuta-se sobre sua eficácia indireta ou direta. Essa última, a posição predominante no Brasil, nos termos do acórdão.

Qualquer que seja o posicionamento adotado, irradiam efeitos sobre toda a ordem jurídica. E discorreu sobre as respectivas correntes doutrinárias. Para a corrente da eficácia indireta, os direitos fundamentais também vigoram entre particulares quando envolver desequilíbrio de poder entre as partes, conforme extraído do acórdão:

Ora, não se pode negar que as congregações religiosas detêm notável poder social. No caso em tela, o fato de gerir o único cemitério localizado no perímetro urbano [...] lhe concede enorme poder, quase equiparável a uma função pública, a ponto de se poder lembrar da *public function theory*, adotada nos Estados Unidos. Este país, praticamente isolado na adoção da ideia da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (*State Action Doctrine*), admite algumas exceções a esse radicalismo, sendo um deles a vinculação de um ente particular aos direitos fundamentais quando desempenha uma típica função pública, como me parece ser a de gestão de um cemitério comunitário.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 11.

<sup>12</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 11.

<sup>13</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 13-14.

Segundo a decisão, ainda,

[...] a conduta do padre demandado fez com que a morte efetivamente separasse o que em vida foi um belo e cristão exemplo de ecumenismo – união amorosa e frutuosa de uma católica com um luterano, cada qual seguindo a sua crença íntima e observando seus cultos religiosos, sem que isso consistisse em empecilho para uma vida em comum, ambos observando os mesmos mandamentos oriundos de um mesmo Senhor, aprendidos na mesma Bíblia sagrada.

Cabe especialmente aos líderes religiosos, mesmo – ou especialmente – atuando em pequenas comunidades fortemente divididas, difundir uma cultura de tolerância e acolhimento. Com isso se contribuirá para que as religiões possam ser efetivamente uma fonte de consolo interno e esperança para os crentes, sem descambar para as intolerâncias religiosas que, em grau exacerbado, tanta destruição e barbárie já causaram ao longo da história da humanidade, desde priscas eras até os nossos tempos.<sup>14</sup>

Dentre muitos juristas referidos, o relator conclui citando Jayme Weingartner Neto:<sup>15</sup>

igualmente nosso colega, em obra paradigmática sobre a liberdade religiosa, do ponto de vista jurídico-constitucional, quando diz que “para amenizar o *odium theologicum* que semeava guerras [...] apostou-se, primeiro, no conceito de tolerância. Paulatinamente [...] o que era tolerável transmuda-se em direito fundamental”. Citado autor estava pensando, nessa passagem, ao direito à liberdade religiosa como direito fundamental. Mas tal lição igualmente serve para defender o direito fundamental de não ser discriminado em razão de sua religião.<sup>16</sup>

Considerando a finalidade eventualmente educativa da decisão e a situação econômica da demandada, padre e Mitra foram condenados solidariamente ao pagamento de indenização a título de danos morais, com base no artigo 186 do Código Civil, no valor de R\$15.000,00.

<sup>14</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 14.

<sup>15</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição – fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 317.

<sup>16</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 14-15.

## 2 A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico

Por influência do realismo jurídico norte-americano, entende-se que as preferências político-ideológicas de um magistrado podem ter grande peso na resolução da causa, em oposição a uma visão de que os textos jurídicos são o determinante da decisão judicial. Em uma discussão proposta por Richard Posner no início dos anos 1990, apresentou-se a questão de que juízes nada mais seriam do que grandes ideólogos, utilizando-se de seu cargo para promover políticas de sua preferência.<sup>17</sup>

Para o realismo jurídico como vertente do positivismo, seria preciso realizar uma ciência empírica do direito capaz de explicar o papel de preferências político-ideológicas ou pessoais na decisão judicial, fortemente influenciada por condições subjetivas do juiz. Deste modo, uma teoria realista da interpretação permite que se vislumbre uma teoria da decisão que integre não só fatores jurídicos, mas fatores extrajurídicos a influenciarem e a constrangerem o processo de tomada de decisão judicial.<sup>18</sup>

Silva<sup>19</sup> trata da versão francesa da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico, subproduto da teoria realista da interpretação, de escassa evidência no Brasil, e da qual se faz uso para o presente estudo. A teoria realista da interpretação estaria associada a dois principais polos de pesquisa, um na Itália de Giovanni Tarello e, outro, na França.<sup>20</sup> Na França, com a Escola de Nanterre, de Michel Troper. E é na versão francesa da teoria que se reconhece uma versão atualizada do projeto de conceber conhecimento jurídico a partir do modelo das ciências empíricas.

<sup>17</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387/470>. Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>18</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387/470>. Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>19</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan-jun. 2014. Disponível em: <https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>20</sup> Em ambas as tradições, as outras matrizes teóricas da TRI – teoria realista da interpretação – seriam a filosofia analítica (que procura ter uma visão descritiva e abstrair-se de preferências axiológicas, mesmo diante de objetos valorativos), o positivismo kelseniano e a tradição do realismo jurídico (tanto americano, como escandinavo) (SILVA, 2014).

Para Troper,<sup>21</sup> a teoria realista da interpretação pode ser resumida em três propostas principais. A interpretação como função da vontade e não como função do conhecimento. Neste caso, a interpretação *contra legem* inexistente, pois não há sentido a descobrir, não há intenção do autor, não há sentido objetivo, independente das intenções. A interpretação não tem por objeto normas, mas textos ou fatos. E, a interpretação confere, àquele que a exerce, um poder específico.

Conforme explanado por Silva,<sup>22</sup> na interpretação como vontade, o sentido com existência depende da interpretação. O sentido está subordinado à interpretação, e não esta, àquele. O sentido do texto normativo não é direito antes de feita a interpretação. De fato, se a interpretação produz o significado, e se a norma é um significado, então a norma não poderia preexistir à interpretação. Portanto, a norma não há de ser considerada como o objeto da interpretação, pois é seu resultado. E a interpretação, assim, deve ser entendida como exercício de um poder, uma vez que produz normas jurídicas:

O titular do poder de interpretação é toda autoridade competente para conferir uma interpretação que não pode ser contestada e que por isso se incorpora ao texto. Dessa forma, uma corte habilitada a interpretar a lei de forma autêntica pode ser considerada como dotada de um poder legislativo, e os responsáveis por interpretar a Constituição, como titulares de um poder constituinte.<sup>23</sup>

E assim, os juízes como monopolistas, podendo apenas eles dizerem o conteúdo do direito. Em vista disso, o realismo torna juridicamente inquestionável a decisão do juiz. Como consequência, seria uma teoria política a legitimar seu poder. Entretanto, apesar dessa liberdade, os atores jurídicos não fazem tudo o que poderiam fazer. Seu comportamento é limitado por *contraintes* que determinam de que modo exercerão sua liberdade jurídica para dar ao texto um significado em detrimento de outro.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 8, 2006, p. 280-300. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>22</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan-jun. 2014. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>23</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan-jun. 2014. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195>. Acesso em: 04 out. 2019, p. 165.

<sup>24</sup> Esses fatores podem ser jurídicos, mas também de ordem psicológica, sociológica ou política.

Essas *contraintes* ou restrições jurídicas decorrem da convergência de duas ideias principais: a configuração do sistema (composto pelo conjunto de órgãos dotados de competências normativas e o conjunto de conceitos empregados no raciocínio jurídico) e a propensão do intérprete de agir de modo a melhorar sua posição ou ao menos preservar sua existência institucional:

Daí resulta que quando da escolha de uma decisão entre outras, particularmente de uma decisão interpretativa, uma autoridade leva em consideração as decisões que os outros órgãos do sistema poderiam vir a tomar, verificando, além disso, se o seu raciocínio se inscreve num conjunto de conceitos que ela própria já empregou anteriormente ou que são empregados por outros.<sup>25</sup>

Segundo Millar,<sup>26</sup> os *contraintes*, em razão da configuração do sistema jurídico, reduzem o campo de possibilidades dos autores de uma declaração, de uma decisão ou de um raciocínio jurídico. Eles reduzem o campo das possibilidades dos atores que produzem a sentença. São classificados em função do resultado que produzem, de seus graus ou de suas origens. Podem produzir efeitos sobre o discurso jurídico do ator, sobre sua postura institucional e sobre seu comportamento. Podem produzir uma norma jurídica a partir de uma nova interpretação de um texto.

Para Silva, três são os aspectos dessa noção de restrições: 1) A necessidade de legitimar a decisão interpretativa e de persuadir os membros do órgão colegiado, quando for o caso, fundamentando a decisão afirmando-se que ela decorre de uma norma. Dissimular-se-ia o poder de que se dispõe, ao afirmar-se não poder agir de outra forma. 2) O intérprete levaria em conta a competência dos demais atores, “as normas organizam as relações entre autoridades de tal forma que o poder discricionário de uns dissuade os outros de exercerem desmesuradamente o seu próprio poder discricionário”. 3) A manutenção do intérprete no poder de dizer o direito depende de seu uso moderado e da coerência de métodos e conceitos, determinando, assim, o conteúdo da legislação futura, por meio de regras gerais, notadamente, principiológicas, e mediante o uso do silêncio.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan.-jun. 2014, p. 167. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>26</sup> MILLARD, Eric; CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique. La teoría de las “contraintes” jurídicas. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 213-226, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/926/329>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>27</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de

Por conseguinte, adotar uma teoria da interpretação que leve em conta os elementos psicológicos envolvidos no processo decisório não significa ceder a aspectos irracionais ou imprevisíveis da mente do magistrado. Pelo contrário, significa considerar fatores que vinham sendo ignorados nos debates jurídico-filosóficos, analisando não só a força dos argumentos por si, mas também as possíveis perdas e ganhos estratégicos ou reputacionais para o magistrado.<sup>28</sup>

Frise-se que, ao não mencionar futuros desdobramentos em sua decisão, bem como ao não enfrentar um conceito, de certa forma, definindo-o, o intérprete mantém o seu poder jurisdicional. O poder de dizer novamente o direito aplicável, em um caso futuro. Quando uma nova situação envolvendo aqueles conceitos ainda não operacionalmente fechados apresentar-se, o intérprete poderá, novamente, apreciar o pedido, fechando o conceito ou mantendo-o aberto, ocasião em que estará, novamente, em suas mãos, o poder de determinar a legislação futura.<sup>29</sup>

Nos últimos anos, os resultados também mostram que a tendência padrão de magistrados integrantes de turma é evitar a divergência, seja para não se indispor com seus colegas de trabalho, seja para evitar a tarefa de precisar redigir um longo e fundamentado voto divergente. Do ponto de vista coletivo, por outro lado, decisões emanadas de tribunais reputados parecem mais legítimas aos olhos da população. Conforme se identificam como liberais ou conservadores, tendem a utilizar uma técnica interpretativa mais ou menos extensiva, mais ativista ou mais deferente ao legislador.<sup>30</sup>

### 3 O acórdão sob exame

Os direitos fundamentais, dos quais a liberdade religiosa faz parte, possuem uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva.<sup>31</sup> A dimensão objetiva, também

Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan.-jun. 2014, p. 169. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>28</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA; Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387/470>. Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>29</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan.-jun. 2014. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195>. Acesso em: 04 out. 2019, p. 200.

<sup>30</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA; Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387/470>. Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

chamada de efeito irradiante dos direitos fundamentais, significa que eles constituem como que escolhas morais objetivas do constituinte que devem ser utilizadas enquanto diretriz hermenêutica – ou princípio no sentido estrito como diria Dworkin<sup>32</sup> – para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico. Além da sua dimensão enquanto direito subjetivo.

Liberdade religiosa é o direito de cada qual adorar a seu Deus, de acordo com suas crenças e na forma de seu culto. Como direito fundamental, é gênero que comporta espécies: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.<sup>33</sup> Compreende duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva. Sob a ótica objetiva, apresentam-se, além de princípios e de deveres de proteção, garantias institucionais. Examinada sob a ótica do direito subjetivo, a liberdade religiosa comporta duas categorias: direitos subjetivos individuais e direitos subjetivos de igrejas e confissões religiosas.<sup>34</sup>

Dentre os direitos subjetivos individuais, têm-se o de ser sepultado com os ritos da própria religião; a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião; a liberdade de agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada; reunir-se, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa. Menciona-se, como direito subjetivo das igrejas, a autodeterminação da identidade religiosa e o caráter próprio da confissão professada, podendo-se dispor com autonomia sobre direitos e deveres religiosos dos crentes. Como garantias institucionais, protege-se a liberdade religiosa individual (autodeterminação da personalidade) e a liberdade religiosa coletiva (autodeterminação confessional), garantindo-se a diversidade e o pluralismo religioso.

Quanto ao caráter secular dos cemitérios, quando do Decreto nº 789, de 22/09/1890, decretou-se sua secularização e foi proibido o estabelecimento de cemitérios particulares. Competia às municipalidades a direção e a administração dos cemitérios – sem intervenção ou dependência de qualquer autoridade religiosa. Não estavam compreendidos, aqui, cemitérios ora pertencentes a particulares, irmandades, confrarias, hospitais, ordens e congregações religiosas. Esses sujeitar-se-iam, entretanto, à inspeção e polícia municipal. No exercício da

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>33</sup> MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 18 – jul./dez. 2011, p. 225-242. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo\\_Marcio\\_Eduardo\\_Pedrosa\\_Morais\\_\(Religiao\\_e\\_Direitos\\_Fundamentais\\_o\\_Principio\\_da\\_Liberdade\\_Religiosa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa).pdf). Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>34</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo. Liberdade Religiosa no Brasil com Destaque para o Marco Jurídico-Constitucional e a Jurisprudência do STF. *REPATS*, Brasília, v. 3, nº 2, p. 59-104, jul.-dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7739/pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

atribuição, não poderiam ser estabelecidas distinções em favor ou em detrimento de nenhuma igreja, seita ou confissão religiosa. Determinou-se a criação, em todos os municípios, de cemitérios civis e, enquanto não fossem fundados tais cemitérios nos municípios em que esses estabelecimentos estivessem a cargo de associações, de corporações religiosas ou dos ministros de qualquer culto, as municipalidades deveriam providenciar para que os enterramentos não fossem embaraçados por motivo de religião.

Igualmente, nos termos do Decreto nº 914-A de 23/10/1890, que publicou a Constituição do Brasil submetida pelo Governo Provisório ao Congresso Constituinte, os cemitérios tinham caráter secular e seriam administrados pela autoridade municipal. Referida disposição foi mantida no §5º do artigo 72 da Constituição da República de 24/02/1891, com redação dada pela Emenda Constitucional de 03/09/1926: “Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis”. O mesmo na Constituição da República de 16/07/1934, em seu artigo 113, garantindo-se a manutenção de cemitérios particulares por associações religiosas:

5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. [...] 7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

Já a Constituição de 1937, em seu artigo 122, 5º, limitou-se a dizer que “os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal”. A Constituição de 1946, em seu art. 141, §10º, assim restabeleceu: “Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares”.

Nas constituições que se seguiram, a Constituição de 1967, sua Emenda de 1969 e a Constituição de 1988, nada consta a respeito de cemitérios, quer públicos quer particulares. Em regra, os cemitérios são bens públicos de uso especial administrados pela autoridade municipal, mas podem ser privados.

Em razão disso, o desembargador relator disse ser certo que a sociedade civil privada demandada poderia estabelecer requisitos e condições de admissão, direitos, deveres e obrigações dos associados, seus dependentes e beneficiários.

Para ele, é plena a liberdade de associação para fins lícitos, nos termos do inciso XVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Inobstante, “seus atos podem ser questionados judicialmente, sempre que atingirem ou sejam acusados de atingir direitos ou interesses de alguém.”<sup>35</sup> Em relação a limites à liberdade religiosa, não há previsão constitucional de que lei possa restringir a liberdade de crença. A compreensão da liberdade religiosa importa abstenção dos poderes públicos de interferirem na proteção garantida e também vincula particulares nas suas relações privadas. No âmbito interno das confissões religiosas, é como se existisse uma imunidade espiritual das igrejas.

Ora. Tratou-se de regra das religiões professadas e contra a qual os falecidos, quando em vida, não haviam se insurgido. A administração do cemitério apenas cumpriu os costumes, sob a forma de regramento. Diante de questão eminentemente religiosa, sobre esta não poderia o Estado Juiz pronunciar-se, quanto menos dizer tratem-se – as crenças religiosas – de fatores irrelevantes.

Inobstante reconhecesse que a separação configura opção protegida pelo princípio constitucional implícito da autodeterminação individual, familiar e social, o desembargador relator considerou que as pessoas têm “o direito de viver e terminar seus dias da forma como entenderem correto e adequado, desde que não prejudiquem aos demais”.<sup>36</sup> Para ele, “faltou evidente sensibilidade ao representante da Igreja, ao não reconhecer a excepcionalidade da situação”.<sup>37</sup> Se não bastasse, fez referência a um direito natural de prestação de honras fúnebres aos entes familiares.<sup>38</sup>

Por convenção, chamam-se princípios aos textos quando se quer sejam entendidos como normativos, mas cujo conteúdo, de tão escasso, não revela a norma que supostamente contém, afirma Silva. Debates sobre princípios são travados quase sem texto, e princípios vagos podem justificar qualquer coisa.<sup>39</sup> A simples pertinência de princípio ao caso não basta para justificar a solução específica,

<sup>35</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 4.

<sup>36</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 6.

<sup>37</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 7.

<sup>38</sup> TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017, p. 10.

<sup>39</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan.-jun. 2014,

sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a, com a análise profunda das alternativas existentes. Muitas vezes, fala-se de princípios para designar casos extremos de indeterminação normativa, mesmo que o texto não use o termo princípio, mas a palavra direito.<sup>40</sup>

Trata-se de importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas sem o crivo seletivo de uma apropriada recepção jurídico-constitucional. Configura-se a banalização de modelos principiológicos desenvolvidos no âmbito de experiências jurídicas diversas da brasileira. A invocação de princípios ou direitos como solução para males da prática jurídica. Uma retórica principialista para o afastamento de regras claras e completas para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses.

O debate sobre a noção de princípios e regras perpassa a teoria contemporânea do direito, em especial dos direitos fundamentais. Ronald Dworkin<sup>41</sup> e Robert Alexy<sup>42</sup> são os principais teóricos nesse debate, sendo que ambos partem de distinções qualitativas entre princípios e regras, enfatizando as distintas orientações que oferecem. No caso dos princípios, segundo Dworkin,<sup>43</sup> eles não estabelecem as condições fáticas em que devem ser aplicados, prestando-se apenas a conduzir o argumento em determinada direção, mas uma decisão particular ainda é imprescindível. Como tal, os princípios possuem a dimensão de peso/importância e, em casos de conflito, deve-se mensurar o mais importante para o caso, resultando em uma decisão controversa, mas cujos motivos sejam conhecidos.

Já em Alexy<sup>44</sup> os princípios são caracterizados como mandamentos de otimização do ordenamento jurídico, cuja aplicação deve levar em conta as possibilidades reais do caso, assim como as possibilidades jurídicas, tendo em vista a colisão com outros princípios. Os princípios são comandos *prima facie* porque, diante do caso concreto, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas, o co- tejo com outros princípios contrapostos e os bens jurídicos em jogo, eles admitem,

p.198. Disponível em: <https://faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195> . Acesso em: 04 out. 2019, p. 169.

<sup>40</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206-229. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788233/mod\\_resource/content/1/carlos%20ari%20sundfeld%20-%20princ%3ADpio%20C3%A9%20pregui%C3%A7a.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788233/mod_resource/content/1/carlos%20ari%20sundfeld%20-%20princ%3ADpio%20C3%A9%20pregui%C3%A7a.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

diante de uma proporcionalidade, uma aplicação gradual. Nesse sentido, a depender da situação, um princípio pode até mesmo ser suprimido.

Os princípios, segundo Neves,<sup>45</sup> devem atuar como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de caso, sem reduzi-las a opções discricionárias. Eles enriquecem o processo argumentativo, mas, por si só, não solucionam os casos a que se pretende aplicá-los. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, as regras tendem a fechá-los, absorvendo a incerteza do início do procedimento de aplicação normativa. Entretanto, só as regras transformam a incerteza desse ponto de partida à certeza obtida com a decisão. Os princípios precisam encontrar correspondência em regras que lhes dêem relevância e densidade. Em detrimento das regras, os princípios tornam alto o grau de incerteza.

Embora não se tenha referido expressamente a princípios ao decidir, com uma única exceção, o desembargador faz uso deles, sob o nome de direitos. Assim, utilizou-se exitosamente de princípios e da ponderação, cuja trivialização empresta um tom de respeitabilidade a qualquer tese. O desembargador fez uso da ponderação de direitos, direito da propriedade e direito à não discriminação, quando a contraposição, se presente, seria de direito à liberdade de culto e direito de não discriminação religiosa.

O exame aqui consiste em ler a decisão através das premissas dos três aspectos da noção mais geral da atuação das constrições apresentada, em retrospectiva, no intuito de uma verificação experimental da teoria dos constrangimentos.

Primeira premissa: a necessidade de legitimar a decisão interpretativa junto a seus destinatários, bem como de persuadir, quando for o caso, os demais membros do órgão colegiado. Esta primeira premissa constitui uma constrição objetiva que obriga o intérprete a recorrer a argumentos extraídos do texto a fundamentar uma decisão afirmando que ela decorre de uma norma, dissimulando o poder de que dispõe, ao afirmar que não poderia agir de outra forma. E assim o fez.

Segunda premissa de atuação das constrições. O intérprete se vê obrigado, a fim de preservar a sua posição relativa no sistema de competências, a levar em conta o modo como os demais atores poderiam exercer as suas próprias competências. Neste caso, a decisão interpretativa não foi diretamente fundamentada em uma norma constitucional, o que dificulta a interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal.

<sup>45</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

No que concerne à terceira premissa, o intérprete é constrangido a ser coerente com os métodos e conceitos que utiliza com fins a manutenção de seu poder de dizer o direito. O magistrado reuniu argumentos que articulam juízos de valor, que permitiram defender sua escolha como jurídica.

## Considerações finais

Estudiosos sobre tomada de decisão não desconsideram que embora decisões possam ser e efetivamente sejam influenciadas por emoções ou por preferências pessoais, elas precisam ser justificadas. O prolator da decisão reúne argumentos que articulam juízos de valor, que permitem defender sua escolha como jurídica, justa ou razoável, e assim a justificação argumentativa articula-se com fins estratégicos.

Abordou-se a teoria realista da interpretação para tratar dos constrangimentos do raciocínio jurídico e de como essa teoria pretende a formação de um conhecimento jurídico empírico não interpretativo. Em um julgamento possivelmente a envolver preferências religioso-ideológicas do próprio desembargador ou em um caso moralmente carregado como o que se apresentou, fatores extrajurídicos devem ser levados em conta como influências que podem ser determinantes no resultado da lide.

Examinaram-se esses constrangimentos no curso da argumentação jurídica desenvolvida no acórdão. Como demonstrado, a interpretação realizou-se como função da vontade e conferiu ao intérprete o poder de dizer o conteúdo do direito, tornando juridicamente inquestionável a decisão do relator. Legitimou-se a decisão interpretativa e persuadiu-se os membros do órgão colegiado. Fundamentou-se a decisão dizendo que ela decorre de uma norma e manteve-se o intérprete no poder de dizer o direito com o uso moderado e coerência de métodos e conceitos. Essa forma de interpretação possibilita um judiciário ativista que, simplesmente, extrapola sua competência funcional e fica livre para criar o direito a partir de suas próprias opiniões.

No caso, a negativa não se deu em virtude da crença religiosa do falecido, por ser ele luterano, mas por lhe faltar a condição de membro da comunidade católica. Sua liberdade de crença não foi violada. Pelo contrário, em respeito a esta, pode ter acontecido a negativa dos requeridos em realizar o sepultamento, por ser garantida a liberdade de crença, bem como o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Foi possível a manifestação da vontade livre de qualquer vício de consentimento, como é o caso dos autos – em que o falecido poderia ter-se negado a aderir

às regras da Igreja. Entretanto, a iniciativa individual do pai sequer foi preservada diante dos desígnios de sua filha. No caso em apreço, o falecido, quando em vida, tinha capacidade de julgamento e tomou, por livre e espontânea vontade, a iniciativa de não seguir as regras da Igreja Católica.

Constitucionalmente, assegura-se às Igrejas sua livre organização interna, sendo vedado ao Estado intervir. Logo, a regra é de que as pessoas e as associações de pessoas são livres para exercerem, da forma como quiserem, o culto religioso, cabendo ao Estado garantir tal liberdade, abstendo-se de interferir.

Como qualquer direito fundamental, a liberdade religiosa não é absoluta, podendo ser restringida por outro direito igualmente consagrado quando verificado o abuso no seu exercício, o que não é o caso objeto de estudo. A liberdade de religião garantiu ao falecido o direito de não participar do culto católico, bem como assegurou à associação religiosa o direito de se organizar de acordo com as regras que julguem mais adequadas à congregação. Diferentemente das normas do Direito, as regras internas dos cultos não são coercitivas.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Constituição d República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 29

set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 789 de 27 de setembro de 1890*. Estabelece a secularização dos cemitérios. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-789-27-setembro-1890-552270-publicacaooriginal-69398-pe.html>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 914-A de 23 de outubro de 1890*. Que publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, submetida pelo Governo Provisório ao Congresso Constituinte. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-914-a-23-outubro-1890-517812-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HEINEN, Luana Renostro; LAURINDO, Marcel Mangili. A Constitucionalização e a Refundação da Teoria do Direito: novos dilemas. *R. Fac. Dir. UFG*, v. 42, n. 3, p.11-34, set./dez. 2018.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA; Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387/470>. Acesso em: 27 mar. 2022.

LEAL, Fernando. Seis críticas ao direito civil-constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155/877>. Acesso em: 24 out. 2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MILLARD, Eric; CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique. La teoria de las “contraintes” jurídicas. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 213-226, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/926/329>. Acesso em: 04 out. 2019.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 18 – jul./dez. 2011, p. 225-242. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo\\_Marcio\\_Eduardo\\_Pedrosa\\_Morais\\_\(Religiao\\_e\\_Direitos\\_Fundamentais\\_o\\_Principio\\_da\\_Liberdade\\_Religiosa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa).pdf). Acesso em: 04 out. 2019.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional.

*Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, out./dez. 2016, p. 9-27.

SILVA, Gustavo Just da Costa e; ASSIS, Igor Beltrão Castro de Assis. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 5, nº 8, jan.-jun. 2014. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/207/195> . Acesso em: 04 out. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? *In: Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206-229. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788233/mod\\_resource/content/1/carlos%20ari%20sundfeld%20-%20princ%C3%ADpio%20%C3%A9%20pregui%C3%A7a.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788233/mod_resource/content/1/carlos%20ari%20sundfeld%20-%20princ%C3%ADpio%20%C3%A9%20pregui%C3%A7a.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70073462905. Relator: Des. Eugênio Fachini Neto. Julgado em 24 de maio de 2017.

TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70062040407. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 28/05/2015.

TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2ª Vara Judicial da Comarca de Teutônia. Autos nº 159/1.13.0000858-3. Juíza Patrícia Stelmar Netto. Sentença prolatada em 10 de junho de 2016.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 8, 2006, p. 280-300, Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026>. Acesso em: 04 out. 2019.

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo. Liberdade Religiosa no Brasil com Destaque para o Marco Jurídico-Constitucional e a Jurisprudência do STF. *REPATS*, Brasília, v. 3, nº 2, p. 59-104, Jul-Dez, 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7739/pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

Recebido em: 30.11.2024

Aprovado em: 20.01.2025

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2025 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CIOATTO, Roberta Marina; OLIVEIRA, André Soares. Discriminação ou liberdade religiosa? Estudo de decisão judicial sobre cemitérios luteranos e cemitérios católicos em localidade no interior do Rio Grande do Sul sob o enfoque da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 4, p. 231-251, out./dez. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.04.010.

---