

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FRANCISCO TOMAZOLI DA FONSECA

A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO
FUNDAMENTAL E A LAICIZAÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

POUSO ALEGRE – MG

2014

FRANCISCO TOMAZOLI DA FONSECA

A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO
FUNDAMENTAL E A LAICIZAÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada
como exigência parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito, área de
concentração Constitucionalismo e
Democracia, Linha de pesquisa I:
Efetividade dos Direitos Fundamentais
Sociais, da Faculdade de Direito do Sul de
Minas.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto
Simioni.

FDSM - MG

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

F676l

Fonseca, Francisco Tomazoli da.

A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito. Francisco Tomazoli da Fonseca. Pouso Alegre – MG. FDSM, 2014.

161p.

Orientador: Rafael Lazzarotto Simioni.

Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Direito Constitucional. 2. Democracia. 3. Direitos Fundamentais. 4. Liberdade Religiosa. 5. Estado Laico. 6. Função da Religião. 7. Religião como Sistema Social.

DE-340

FRANCISCO TOMAZOLI DA FONSECA

A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A
LAICIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Orientador

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz

Universidade de Itaúna

Professor Convidado

Pouso Alegre – MG

2014

A minha querida esposa Simone, amiga
e companheira de vinte anos de caminhada,
aos nossos filhos Rafael e Sâmelá que são
sempre a alegria e a motivação maior do
crescimento. Aos meus pais Sr. Chicó e Dona
Rosa, pelo constante apoio e alicerce de vida.
Ao nosso Rei dos reis e Senhor dos senhores,
Deus invisível, mas real, nosso amado Jesus
que tem nos abençoado com toda sorte de
bênçãos.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, que teve o dom de transmitir conhecimentos tão complexos e profundos de maneira tão sublime e magistral, conseguindo despertar a cada aula o desejo de aprendermos mais.

Aos Professores do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas que me surpreenderam com tamanha excelência e sabedoria transmitidas em sala de aula.

À Faculdade de Direito do Sul de Minas, minha casa, onde tive o prazer de conhecer o Direito e agora de me tornar mestre nele. A Excelência organizacional, física, administrativa e pedagógica são marcas desta instituição.

Aos Ilustres colegas de turma, que semana após semana me proporcionaram uma convivência amigável, alegre, responsável e de muita satisfação.

Dai, pois, a César o que é de
César e a Deus o que é de
Deus. (Mt. 22:21)

RESUMO

FONSECA, Francisco Tomazoli Da. A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito. 2014. 162f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação, área de concentração Constitucionalismo e Democracia, Pouso Alegre, 2014.

Esta dissertação objetiva analisar a liberdade religiosa como norma fundamental, cláusula pétrea do Estado Constitucional de Direito Democrático em face da também constitucional laicização do Estado moderno, analisando os limites e efetividade do princípio da liberdade religiosa em face da laicização na tradição do Estado Moderno ocidental, tendo em vista que tal relacionamento é composto de colisões. A pesquisa mostrará a dimensão da experiência religiosa do homem como fundamento material do princípio da liberdade religiosa, a função da religião como sistema social, um panorama histórico da relação entre Estado e religião no início da era cristã até o processo de laicização do Estado Moderno, o sentido do princípio da liberdade religiosa no Direito Constitucional Brasileiro e nos direitos fundamentais, e também algumas situações problemáticas da prática jurídica contemporânea, refletindo sobre possíveis encaminhamentos no sentido da efetivação da liberdade religiosa em consonância com a laicização do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa. Estado Laico. Função da Religião. Religião como Sistema Social. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

FONSECA, Francisco Tomazoli. Religious freedom as a fundamental right and the secularization of the democratic rule of law. 2014. 162f. Master Thesis in Law – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Post-Graduation Programm, Constitutionalism and Democracy concentration area, Pouso Alegre, 2014.

This dissertation aims to analyze religious freedom as a fundamental norm, immutable clause of the Constitutional Rule of Law also in the face of constitutional secularism of the modern state , it analyzes the limits and effectiveness of the principle of religious liberty in the face of secularization in the Western tradition of the Modern State , in order that such relationship is composed of collisions. The research shows the extent of religious experience of man as a material foundation of the principle of religious freedom , the role of religion as a social system , an historical overview of the relationship between state and religion in the early Christian era to the process of secularization of the modern state, the meaning of the religious freedom principle in the Brazilian constitutional law and fundamental rights , and also some problematic situations of contemporary legal practice, reflecting on possible referrals towards the realization of religious liberty in line with the secularization of the Democratic State Right .

Key Words: Religious Freedom. Secular State. Function of Religion. Religion as a Social System. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – A EXPERIÊNCIA RELIGIOSA DO HOMEM COMO FUNDAMENTO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA	16
1.1 - O homem religioso	16
1.2 – A religiosidade humana diante da morte	20
1.3 - A religião e a psicologia humana	23
1.4 - A vitaliciedade da religião em face do racionalismo cientificista	26
1.5 - A religião como fonte de esperança e vida	29
2 – A FUNÇÃO DA RELIGIÃO COMO SISTEMA SOCIAL	33
2.1 – Sistema e Sentido	33
2.2 – Função da religião como sistema social	35
2.3 – O processo da privatização da experiência religiosa	36
3 – PANORAMA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE RELIGIÃO E ESTADO ATÉ O PROCESSO DE LAICIZAÇÃO DO ESTADO MODERNO.	40
3.1 – Estado e religião no início da Era Cristã	42
3.2 - O Estado Medieval e sua relação com a Igreja	45
3.3 – A laicização do Estado Democrático de Direito	56
4 – O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	60
4.1 – A história dos direitos fundamentais	63
4.2 - O que são Direitos Fundamentais?	68

4.3 – As características dos Direitos Fundamentais	80
4.4 – O valor dos Direitos Fundamentais	84
4.5 – As funções dos Direitos Fundamentais	87
4.6 – O titular do Direito Fundamental	90
4.7 – A horizontalização dos Direitos Fundamentais	91
4.8 – A liberdade religiosa como Direito Fundamental	99
5 – PROBLEMÁTICAS DA PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA, REFLETINDO A LAICIZAÇÃO EM COLISÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE RELIGIOSA	106
5.1 – Da colisão de Direitos Fundamentais	106
5.2 – Experiências das Colisões na Prática Jurídica Contemporânea	113
5.2.1 – Do uso símbolos religiosos em prédios públicos	113
5.2.2 - Da antecipação do parto de feto anencefálico	126
5.2.3 – Políticas de combate às DSTs e AIDS	135
5.2.4 – A Questão do ensino religioso nas escolas públicas	136
5.2.5 - A Realização de concursos e atividades públicas em dias sagrados para algumas religiões.	137
5.2.6 – Do casamento homoafetivo.	141
5.2.7 - Da PL 122 Que institui criminalização do preconceito ao homossexual como pleiteado junto ao Congresso Nacional.	151
CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

Esta dissertação objetiva analisar a liberdade religiosa como norma fundamental, cláusula pétrea do Estado Constitucional de Direito Democrático em face da também constitucional laicização do Estado moderno.

Sem sombra de dúvida, o Estado Democrático, Administrativo, de Direito, Republicano, é parte consolidada do Estado Moderno, pelo menos na maioria dos países ocidentais.

Fato, também verificado, é a presença da Religião e das entidades religiosas dentro da existência humana, realidade oriunda da experiência espiritual do homem praticada desde os primórdios.

A questão central dessa pesquisa, então, é analisar os limites e efetividade do princípio da liberdade religiosa em face da laicização do Estado Democrático de Direito, na tradição do Estado Moderno ocidental.

É explícito que tal relacionamento não é tranquilo, haja vista inúmeros exemplos de guerras existentes com fundo religioso, tomando aqui, por exemplo, o Oriente Médio e a África; além disso, as relações entre as duas fontes de poder são dinâmicas, o tempo todo ao longo da história, ora se aproximando, ora se distanciando.

Num panorama internacional, o tema ganha proporções assustadoras. Segundo o sociólogo Massino Introvigne¹, em palestra ministrada no Seminário Internacional sobre o Estado Laico e a Liberdade Religiosa (promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, realizado em 16 de junho de 2011 em Brasília – DF, registrado no livro *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*²), foram vítimas da intolerância religiosa, citando dados da pesquisa de Barrett³, até o ano

¹ Sociólogo e Representante da Organização para Segurança e Cooperação na Europa.

² NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011.

³ BARRET, David B. *Enciclopédia do cristianismo mundial e o atlas do cristianismo global* publicada pelo Centro de Estudos do Cristianismo Global. Apud. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.11.

2000, cerca de 70 milhões de mártires cristãos, mortos por possuir uma fé, sendo que 45 milhões dessas mortes ocorreram no século XX⁴.

Explica o autor, que a pesquisa apenas considerou como mártires cristãos aqueles que foram mortos por acreditarem em Cristo, independentemente de que estivessem, na época da morte, ativamente proclamando a fé. Estão excluídos dessa pesquisa aqueles que foram mortos por razão nacionalista, étnicas ou políticas, ou seja, o motivo da morte foi professar a fé cristã⁵.

Em pesquisa mais recente, o autor declara que, no ano 2000, foram mortos 160.000 cristãos e em 2010 cerca de 100.000, com previsão, naquele momento, do mesmo número para 2011, tendo como foco principal os assassinatos ocorridos no Sudão, conforme boletim internacional de pesquisa missionária⁶.

Em solo brasileiro, em virtude de toda construção geopolítica e social, pela miscigenação racial e cultura desenvolvida, os conflitos religiosos parecem ser minimizados, todavia, só parecem. Vemos conflito envolvendo diretamente ou indiretamente a relação Estado-Religião em várias demandas de ordem constitucional, tais como a prática do uso de símbolos religiosos em prédios públicos, a antecipação do parto de feto anencefálico, o combate às DSTs e AIDS, o ensino religioso nas escolas públicas, a realização de concursos e atividades públicas em dias sagrados para algumas religiões, o casamento entre homossexuais e a criminalização do preconceito ao homossexual como pleiteado junto ao Congresso Nacional, e, por último, como cansativamente retratado nas mídias nacionais, a intolerância dos ativistas homossexuais em

⁴ INTROVIGNE, Massimo. A intolerância e a discriminação contra os cristãos. As cinco maiores ameaças do século XXI. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.12

⁵ Ibidem. p.12

⁶ BARRET, David B. Cristianismo 2011: *Mártires e o ressurgimento da religião*. Janeiro de 2011. Apud. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.12.

aceitar um pastor evangélico como presidente da Comissão de Direitos Humanos na Câmara dos Deputados⁷.

Os conflitos entre Estado e o direito constitucional de liberdade religiosa, ou este em colisão com grupos religiosos dominantes ou ativistas sociais, bem como os confrontos com o secularismo discriminatório são problemas que merecem reflexão apurada.

Também há de se ressaltar o direito à liberdade religiosa no ponto negativo, ou seja, na relação em que o Estado não pode impor uma determinada religião, ou tratar de forma diferenciada trazendo privilégios para uma religião em detrimento de outras.

Deve-se ainda observar que há risco para esse direito fundamental quando o Estado trata a religião com secularismo, indiferença e descrédito; quando age de forma como se o “mundo religioso” não existisse; fato este que agride a natureza espiritual do homem e o fato social que é a existência da religião na sociedade. A religião não é uma criação estatal, já existia muito antes deste, não podendo, assim, ser ignorada nas esferas públicas, mas sim, devendo ser reconhecida e respeitada como fato social que é.

Nas palavras do Papa Bento XVI, há risco tanto no fundamentalismo religioso como no sincretismo que é o secularismo, pois ambos são iguais, ambos negam a correta relação entre fé e razão. No fundamentalismo, a fé nega a razão e, no secularismo, a razão nega a fé, tornando-se igualmente inimigos da liberdade religiosa, pois o fundamentalismo quer impor a religião pela força e o secularismo, também pela força, quer impor a irreligião. O Estado laico deve buscar o equilíbrio entre a fé e a razão⁸.

Nos países ultra fundamentalistas, em que a religião se mistura com o Estado, o direito à liberdade religiosa deve proteger as religiões minoritárias,

⁷ Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/gays-fazem-beijaco-em-sp-para-protestar-contramarcos-feliciano.html>> - Avenida Paulista reúne ‘beijaço gay’ em protesto contra Marco Feliciano Deputado do PSC-SP e pastor responde a ação no STF por homofobia. Ele foi indicado à presidência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara .

⁸ INTROVIGNE, Massimo. A intolerância e a discriminação contra os cristãos. As cinco maiores ameaças do século XXI. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011.p.14.

permitindo que cada cidadão tenha o legítimo direito de escolher qual religião quer seguir.

Já nos países em que a secularização prevalece, também há um risco do tratamento indiferente ou sub-tratamento dos assuntos religiosos, agindo-se de forma, mesmo que indireta, à desmerecer, desvalorizar tudo que se refere ao tema religião. Temor esse que é a razão principal porque países com uma forte identidade religiosa islâmica, hindu ou budista resistem à aplicação de convenções internacionais na área da liberdade religiosa⁹.

Também há de se considerar um risco ao direito de liberdade religiosa, o que Josph Weiller chamou de “cristianofobia” ou “cristofobia” do Ocidente, onde se dá uma importância ao pluralismo e à tolerância, mas onde a religião está sendo cada vez mais marginalizada. Há uma tendência a considerar a religião, toda religião, como algo insignificante, alienante ou até desestabilizador para a sociedade moderna, e a tentar, por diversos meios, que ela não tenha nenhuma influência na vida da sociedade¹⁰.

Desta forma, tal tema mostra sua relevância em nossos dias quando a Liberdade Religiosa deve ser respeitada nas vertentes vertical (cidadão e Estado) e horizontal (cidadão e cidadão). Afinal, sendo tanto a liberdade religiosa, quanto a laicização do Estado, fontes de poder social e reguladoras do agir humano, como podem as mesmas conviver de maneira ordeira e pacífica?

Nessa ordem de ideias, esta investigação procurará estabelecer uma reflexão sobre os limites e efetividade da liberdade religiosa em face da laicização do Estado Moderno.

Para tanto, a pesquisa utilizará o método analítico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo, pretende-se analisar a dimensão da experiência religiosa do homem como fundamento material do princípio da liberdade

⁹ INTROVIGNE, Massimo. A intolerância e a discriminação contra os cristãos. As cinco maiores ameaças do século XXI. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.15.

¹⁰ Ibidem. p.16.

religiosa, por meio do pensamento dos escritores Niklas Luhmann, Ludwig Feuerbach e Emile Durkheim.

No segundo capítulo, o objetivo será descrever a função da religião como sistema social, utilizando como referencial teórico a concepção de religião na teoria dos sistemas sociais autopoietico de Niklas Luhmann, a qual permite observar não apenas a religião sob uma perspectiva filosófico-teológica, mas, sobretudo, na perspectiva da observação de segunda ordem, ou seja, a observação das formas de comunicação religiosa da sociedade e as estruturas que elas desempenham sobre a relação entre o homem e o transcendente.

No terceiro capítulo, este estudo sistematizará na forma de um panorama histórico a relação entre Estado e religião no início da era cristã até o processo de laicização do Estado Moderno.

No quarto capítulo, a pesquisa buscará identificar o sentido do princípio da liberdade religiosa no Direito Constitucional Brasileiro e nos direitos fundamentais numa ótica histórica, quanto ao seu surgimento e desenvolvimento ao longo da história; e filosófica, quanto ao valor dos direitos fundamentais.

Por fim, no quinto capítulo, serão analisadas situações problemáticas da prática jurídica contemporânea, refletindo sobre possíveis encaminhamentos no sentido da efetivação da liberdade religiosa em consonância com a laicização do Estado Democrático de Direito, principalmente em fatos ocorridos no Executivo, Legislativo e Judiciário brasileiros.

A sociedade moderna vive a diversidade conquistada, quebrando paradigmas, conceitos e valores, caracterizando um movimento contínuo de adaptações e readaptações sociais. Nesse agir social surgem crises, colisões de interesse diante de uma nova realidade, o que conduz o pensador do direito a ter sua mente aberta para o passado, presente e futuro. Para o passado, no sentido de não repetir erros históricos, para o presente tentando buscar a justiça material, a efetividade dos direitos fundamentais e, para o futuro,

visando à sustentabilidade e à responsabilidade com as próximas gerações. Fato este que enseja, na presente pesquisa, a verificação de uma postura adequada e razoável aos temas aos quais se propõe apresentar e analisar, buscando que a ordem e a paz social se mantenham vivas na relação do Estado com a religião.

1. A EXPERIÊNCIA RELIGIOSA DO HOMEM COMO FUNDAMENTO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

1.1. O homem religioso

Essa pesquisa buscará o alicerce material para que o princípio da liberdade religiosa seja compreendido e valorado com o status de um direito fundamental. Dizer que liberdade religiosa é direito fundamental tão somente por se encontrar originariamente nas cartas revolucionárias e, hoje em dia, em âmbito constitucional, é argumento positivista, portanto, carente de um melhor entendimento sobre o valor do tema e do direito aplicado. Para tanto, buscar-se-á, sob a ótica de Emile Durkheim, Niklas Luhmann e Ludwig Feuerbach, refletir sobre como a religiosidade faz parte da história da vida humana, qual o comportamento do homem e da religião diante da morte, a subjetividade e aspirações do homem como ser religioso e psicológico, a vitaliciedade da religião em face do racionalismo cientificista dos últimos séculos e, por fim, a religião como fonte de esperança e vida.

É verificável que, na existência humana, o indivíduo, diferente dos demais animais, tem uma percepção, um desejo e uma busca pela espiritualidade ou pelo que se entende, em certos contextos, como religiosidade.

Em todos os povos, nações, tribos e épocas, vê-se a busca pelo místico, pelo poder superior, pelas forças invisíveis capazes de trazer o conforto de alma, a coragem de espírito, o domínio sobre o clima do planeta, a providência das chuvas no tempo e quantidade certas, e a realização das necessidades e anseios do homem, além da fé em um “Poder Superior”¹¹ criador de todas as coisas.

¹¹ RICHARDSON, Don. O Fator Melquisedeque. Trad. Neyd Siqueira. São Paulo : Vida Nova. 1995. p. 112.

Thomas Hobbes percebeu tal entendimento e escreveu:

Verificando que só no homem encontramos sinais, ou frutos da religião, não há motivo para duvidar que a semente da religião se encontre também apenas no homem, e consiste em alguma qualidade peculiar, ou pelo menos em algum grau eminente dessa qualidade, que não se encontra nas outras criaturas vivas¹².

A religião é um dos fenômenos universais da cultura. Nas palavras de Max Scheler, ela procura a salvação individual do homem na dimensão ultratumba, e essa crença na sobrevivência do espírito humano é quase tão velha como a própria humanidade, não sendo raros os achados arqueológicos da pré-história, documentos não escritos como instrumentos, armas, desenhos em cavernas, pinturas, restos humanos, entre outros, que podem comprovar que dela participavam nossos irmãos trogloditas¹³.

O professor Rubem Alves, citando Durkheim diz que o sagrado é o centro do mundo, a origem da ordem, a fonte das normas, a garantia da harmonia, a sobrevivência da vida social. E é isto o que afirma a sua mais revolucionária conclusão acerca da essência da religião¹⁴.

Para Durkheim, a essência da religião não é a ideia, mas a força, é uma fonte de força do homem:

(...) a verdadeira função da religião não é nos fazer pensar, enriquecer nosso conhecimento, acrescentar às representações que devemos à ciência representações de uma outra origem e de um outro caráter, mas sim nos fazer agir, nos ajudar a viver. "O fiel que entrou em comunhão com o seu Deus não é meramente um homem que vê novas verdades que o descrente ignora. Ele se tornou mais forte. Ele sente, dentro de si, mais força, seja para suportar os sofrimentos da existência, seja para vencê-los." O sagrado não é um círculo de saber, mas um círculo de poder¹⁵.

¹² HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 40.

¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional á liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p.7-11.

¹⁴ ALVES, Rubem. *O que é religião?* São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 30.

¹⁵ DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p. 459.

Silva Neto, citando Edgar Morin e Buda, diz que a religiosidade humana está ligada ao sofrimento, que a grande intuição da religião é o sofrimento. É a religião dos homens perdidos, que não se deve firmar sobre a ideia de salvação, mas sim de perdição, pois todos estão perdidos. O mundo vive de sofrimento e é isso que precisa de alívio. Compaixão é sofrer junto, esse é o sentido da religião¹⁶.

Analisando a cultura egípcia, tem-se como uma de suas mais profundas características a religiosidade. Gatos, cães, serpentes, crocodilos e outros animais, bem como fenômenos da natureza, eram objeto de adoração. Os egípcios eram *politeístas e antropozoomórficos*. Para adorar seus deuses, esse povo, cuja civilização se faz milenar, construiu imensos templos, como *Karnak* para adorar *Amon* e *Luxor* construído por *Amenófis IV*¹⁷.

Também entre a história persa, grega e hebreia é notória a presença da religião que, atualmente, se comprova por meio de descobertas arqueológicas que confirmam os relatos dos pergaminhos¹⁸.

A religião, nas palavras de Durkheim, é uma espécie de entidade indivisível, pois é um todo formado por partes, é um sistema mais ou menos complexo de mitos, de dogmas, de ritos, de cerimônias¹⁹.

A experiência religiosa humana, de forma geral, traz como grandes características, em todas as religiões, as crenças e os ritos; e a essência do sagrado e do profano. Crenças são estados da opinião, consistem em representações. Ritos são modos de ação determinados²⁰. A crença é o objeto do rito, só pode existir um rito após se ter definido uma crença. Palavras, gestos, movimentos, fundamentados numa crença formam o rito religioso.

As crenças têm como principal característica a determinação do sagrado e do profano. Esses domínios são sistemas representativos de coisas

¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. Proteção constitucional á liberdade religiosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p.8.

¹⁷ Ibidem. p.12/13.

¹⁸ Ibidem. p.15.

¹⁹ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.18.

²⁰ Ibidem. p.19.

portadoras de uma natureza especial, de virtudes e poderes que lhe são atribuídos, sejam deuses ou espíritos, mas também objetos da natureza, um rochedo, uma árvore, uma fonte, um seixo, um pedaço de madeira, uma palavra²¹, entre outros elementos que, no sistema religioso, se tornam sagrados ou profanos.

Essa essência do sagrado e do profano é tão forte que, mesmo religiões atéistas como o budismo, que não tem um deus, têm coisas sagradas²².

Niklas Luhmann corrobora com essa essência da religião como a separação do sagrado e do profano citando o próprio Durkheim²³. O sagrado e o profano são dois mundos separados, hostis e rivais. Só se pode pertencer plenamente a um se tiver saído inteiramente do outro, o homem é exortado a retirar-se totalmente do profano, para levar uma vida sagrada. O ponto marcante dessa separação são as iniciações, cerimônias que têm por objeto introduzir o homem na vida religiosa²⁴.

Desta forma, nas palavras de Durkheim:

(...) o característico do fenômeno religioso é que ele supõe sempre uma divisão bipartida do universo conhecido e conhecível em dois gêneros que compreendem tudo o que existe, mas que se excluem radicalmente. As coisas sagradas são aquelas que as proibições protegem e isolam; as coisas profanas, aquelas a que se aplicam essas proibições e que devem permanecer à distância das primeiras. As crenças religiosas são representações que exprimem a natureza das coisas sagradas e as relações que elas mantêm, seja entre si, seja com as coisas profanas. Enfim, os ritos são regras de conduta que prescrevem como o homem deve comportar-se com as coisas sagradas.

Quando um certo número de coisas sagradas mantêm entre si relações de coordenação e de subordinação, de maneira a formar um sistema dotado de uma certa unidade, mas que não participa ele próprio de nenhum outro sistema do mesmo gênero, o conjunto das crenças e dos ritos correspondentes constitui uma religião.²⁵

²¹ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.20.

²² Ibidem. p.20.

²³ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. (Tradução Livre) p.10-13

²⁴ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.22-23.

²⁵ Ibidem. p.24.

Luhmann diz ainda que a religião traz um código que aparece como uma divisão do mundo, uma divisão temporal do mundo em duas partes, o antes e o depois da presença da religião²⁶.

Dessa forma, analisando os elementos básicos da religião, Luhman e Durkheim concluem que além das coisas sagradas e profanas, também compõem esse sistema religioso a noção de alma²⁷, de espírito, de personalidade mítica, de divindade nacional e internacional, terrena e extraterrena, culto negativo, ritos de oblação e de comunhão, ritos imitativos, ritos comemorativos e ritos piaculares²⁸, formando, assim, um complexo sistema religioso.

1.2 – A religiosidade humana diante da morte

Nenhum outro ser tem os sentimentos religiosos e espirituais em relação à morte como o ser humano. Nenhum outro animal chora, ora, se angustia na dor e nas lágrimas como o homem quando enfrenta o luto. E, diante deste enfrentamento, a força da religião se emerge, pois é na vida pós-morte, na vida espiritual, na eternidade do espírito humano que repousam a fundamentação da maioria das religiões.

Durkheim diz que até nas sociedades mais inferiores, as almas dos mortos são coisas essencialmente sagradas e são objeto de ritos religiosos²⁹.

Neste sentido Ruben Alves escreve:

A religião cuidou, com carinho especial, de erigir casas aos deuses e casas para os mortos, templos e sepulcros. Nenhum outro ser existe neste mundo que, como nós, ergamos súplicas aos céus e enterre, com símbolos, os seus mortos. E isto não é acidental. Porque a morte é aquela presença que, vez por outra, roça em nós o seu dedo e nos

²⁶ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. (Tradução Livre) p.82.

²⁷ Ibidem. p.179.

²⁸ DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.457.

²⁹ Ibidem. p.26.

pergunta: "Apesar de mim, crês ainda que a vida faz sentido?" (...) "Aquilo que é finito para o entendimento é nada para o coração" (Feuerbach). Eis o problema. "De um lado, a estrela eterna, e do outro a vaga incerta." (Cecília Meireles). O sentido da vida se dependura no sentido da morte. E é assim que a religião entrega aos deuses os seus mortos, em esperança³⁰.

Na cultura egípcia, onde se crê na vida após a morte, esta corresponde ao momento da separação do corpo e da alma, sendo que a vida poderia se prolongar indefinidamente, desde que a alma encontrasse o corpo no túmulo, motivo pelo qual ocorria a prática da mumificação³¹.

Niklas Luhman, por sua vez, diz que em todas as religiões e em todas as teorias da religião, a morte desempenha um papel muito importante. A morte pertence às experiências básicas da vida humana, ou seja, é uma experiência que está acima de todos os problemas restantes, independentemente de *status* ou nível social, todos estão sujeitos a ela. O óbito pode ocorrer a qualquer momento, até quando não se espera. De um ponto de vista social, é uma possibilidade sempre presente³².

Estes pensamentos universais, fatídicos, mostram que o significado da morte é uma questão em que a religião tem que mostrar a sua capacidade, sua aptidão. Só a religião tem uma resposta transcendental e direta para o fato morte, diz Luhmann.

Para outros sistemas e organizações, a morte é partícipe, mas nunca o ponto principal. A medicina luta contra ela, as seguradoras e funerárias lucram, o direito promove sucessões patrimoniais, todavia nenhuma entidade além da religiosa promove as respostas diretas sobre a morte.

Para a religião, a questão parece ser diferente. Não existe nenhuma religião que não fale algo sobre a morte. Muito menos uma religião que diga que a morte simplesmente acontece sem oferecer um ritual, uma solenidade fúnebre, com o qual os vivos podem demonstrar seus sentimentos de afeições e também assegurar sua participação social naquele momento de despedida.

³⁰ ALVES, Rubem. O que é religião? São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 50.

³¹ SILVA NETO, Manoel Jorge. Proteção constitucional á liberdade religiosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p.14.

³² LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. (Tradução Livre) p43/47.

Além do que, é amplamente conhecida a crença da sobrevivência espiritual dos mortos, da vida após a morte. Este tema é puramente religioso. O significado religioso da vida contém distinções que designam uma vida após a morte, algo que somente se libera ou se inicia com a morte, da mesma forma que o corpo passa a existir após a concepção, a morte dá início a uma nova vida.

A religião é a fonte do conceito da separação de alma e corpo, diferencia os tempos existentes para cada uma dessas dimensões, entendendo o tempo cronológico em referência às coisas físicas e a eternidade às coisas do espírito.

Luhmann continua seu texto dizendo que a eternidade é o tempo simultâneo a todos os tempos da vida de Deus³³. Uma vida sem sucessão, sem interrupção, indissolúvel. O tempo, pelo contrário, é o tempo da vida humana, como vida de um composto que se dissolve, que somente participa da vida eterna por meio da alma.

Nas teorias da religião, não se distingue claramente entre função (para a sociedade) e benefícios (para outros sistemas). Faz parte de fundamentos antropológicos, de que a pessoa que se encontra nas garras da morte necessita de consolo e, em vista da morte que se aproxima, coragem. A morte se reflete em toda a vida, e apenas neste final pode ser concebida como uma unidade, e é aí que pode se envolver de sentido religioso³⁴.

A religião traz os rituais para dar-lhes crédito, para, a partir de uma interpretação moderna e funcionalista, trazer alívio de tensão latente, do sofrimento e da pressão, da hora da morte, transformando-a em um momento suportável, até inofensivo. E isso é absolutamente verdadeiro quando se trata dos benefícios dos meios da fé religiosa, do conforto religioso e dos ritos da religião.

Mas isso ainda não é a palavra final sobre o papel social da religião e do tratamento religioso em relação à morte. Em primeiro lugar, a religião não quer explicar a morte biológica como tal, mas o conhecimento da morte.

³³ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. (Tradução Livre) p.44.

³⁴ Ibidem. p.45.

Conhecimento é saber transmissível, articulado como meio de sentido, e se conclui apenas com a ajuda da diferença entre a vida e a morte. De maneira muito típica as soluções a estes problemas adotam a forma de recomeço da morte para a vida, da divisão da vida que se inicia depois da morte, da vida que se distingue entre a vida eterna de Deus e a vida temporal dos homens³⁵.

E Luhmann esclarece que o entendimento da morte, por meio do sentido cai em contradição com ela própria. Esta é uma experiência extrema que contradiz a caminho da fronteira, que deve ter como pré-requisito a existência de um outro lado. Qualquer interpretação que é erguida aqui não pode, portanto, negar que ele é apenas uma interpretação. Pode-se interpretar o mundo por meio da distinção entre imanência/transcendência, mas, obviamente, isso não pode acontecer assim que se escolher a morte como um problema único e construir um sentido para ela (que poderia ser contestada imediatamente).

Tais interpretações têm plausibilidade somente a cargo da religião, e isto significa: apenas como um sistema que pode mobilizar o suficiente para saber sobre as coisas do mundo e do além-mundo, para fazer da trágica e dolorosa morte uma redundância suficiente, paradoxal, de fim e início, a ponto de tornar-se bem-vinda, por tratar-se de um mundo desconhecido que pode ser tratado como íntimo e familiar³⁶.

Isso explica também porque à medida que o ser humano caminha para a idade adulta em direção ao final do ciclo da vida há um aumento à predisposição religiosa pelo ganho de relevo de questões existenciais, como “para onde vamos?” e “de onde viemos?”³⁷.

1.3 - A religião e a psicologia humana

³⁵ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. (Tradução Livre) p.46.

³⁶ Ibidem. p.47.

³⁷ NERI, Marcelo Côrtes. Novo Mapa Das Religiões. Fundação Getúlio Vargas. CPS. Rio de Janeiro. 2011. p.39. Disponível em: http://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf

A religião também foi entendida como inerte ao homem pela capacidade de sonhar, pela sua natureza psicológica subjetiva. Freud entendia os sonhos como reflexos dos desejos humanos que ficaram perdidos no inconsciente, que para nada serviam além de revelar o que se ficou³⁸.

Contrapondo Freud, Feuerbach³⁹ afirma que a religião é o solene desvelar dos tesouros ocultos do homem, a revelação dos seus pensamentos mais íntimos, a confissão pública dos seus segredos de amor. Como forem os pensamentos e as disposições do homem, assim será o seu Deus; quanto valor tiver um homem, exatamente isto e não mais será o valor do seu Deus. Consciência de Deus é autoconsciência, conhecimento de Deus é autoconhecimento⁴⁰.

Para Feuerbach a capacidade que o homem tem de sonhar está ligada à sua religiosidade, sua natureza de desejar o que não possui diante de si, de buscar o querido, de amar o aspirado. Todos os demais seres sobrevivem, lutam pela comida e reprodução, mas só o homem sonha.

O autor traz a ideia da origem psicológica da religião, em seu livro, *A Essência do Cristianismo* (1841), Feuerbach apresenta seu pensamento acerca da origem da religiosidade do ser humano. A ideia central do livro mostra que os homens criam suas divindades e religiões a partir de suas aspirações, necessidades e medos. Nas palavras do autor citando Petrônio: *Primus in orbe deos fecit timor*, isto é, o medo foi que primeiro criou deuses no mundo⁴¹.

Portanto, para o autor, religião é uma projeção das necessidades e desejos humanos em um plano transcendente ilusório, fato e característica do homem. Negar-lhe a religiosidade é negar-lhe sua natureza, sua subjetividade de sonhos e desejos, temores e medos.

³⁸ FREUD, Sigmund. Cinco lições de psicanálise, Esboço de Psicanálise. Trad. Duvral Marcondes. São Paulo. Abril Cultural. 1978. p.213.

³⁹ FEUERBACH, Ludwig. A essência do cristianismo. Trad. José da Silva Brandão. Ed. Vozes. Petropolis. 2007. p.207.

⁴⁰ ALVES, Rubem. O que é religião? São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 44.

⁴¹ FEUERBACH, Ludwig. A essência do cristianismo. Trad. José da Silva Brandão. Ed. Vozes. Petropolis. 2007. p.9.

Feuerbach começa distinguindo o ser humano dos animais. O ser perfeito, dos seres imperfeitos. E essa conclusão se dá pois o homem é possuidor da consciência, diferentemente dos animais.

Por isso tem o animal apenas uma vida simples, mas o homem uma dupla: no animal é a vida interior idêntica à exterior - o homem possui uma vida interior e uma exterior. A vida interior do homem é a vida relacionada com o seu gênero, com a sua essência. O homem pensa, i.e., ele conversa, fala consigo mesmo. O animal não pode exercer nenhuma função de gênero sem um outro indivíduo fora dele; (...)⁴²

Segundo o autor, o homem projeta Deus a partir do desejo que tem em relação a um ser sobrenatural, capaz de satisfazer seus anseios, suprir as necessidades e proporcionar consolo, segurança e sentido à sua existência humana.

Em todas as religiões há uma projeção transcendental a partir das esperanças, planos, objetivos, desejos, medos e anseios.

Em Ludwig Feuerbach, vê-se uma natureza subjetiva, transcendental, projetista espiritualista que consegue ver no invisível a força e a coragem, o desafio e a vontade, o desejo e a perseverança de viver. A figura de Deus, da vida religiosa é projetada pelo homem.

Buscando um fundamento ateuista, Karl Marx traz argumentos e teses visando provar que Deus não existe, que a religião é fruto humano.

Pela teoria de Marx, a crença em Deus é um fruto da alienação econômica e social que é comum aos trabalhadores no sistema capitalista. “A religião é um consolo que torna as pessoas capazes de suportar sua alienação econômica⁴³”.

Marx, criticando a fé, acaba reconhecendo o fator religioso social, declara que em tempos de crise o homem se apegava à religião, ou seja, a

⁴² FEUERBACH, Ludwig. A essência do cristianismo. Trad. José da Silva Brandão. Ed. Vozes. Petropolis. 2007. p.13.

⁴³ McGRATH, Alister E. O Deus de Dawkins: Genes, Memes e o Sentido da Vida. Tradução: Sueli Saraiva. São Paulo: Shedd Publicações, (2005). p.607.

religiosidade é um dos pontos de apoio que a humanidade possui para enfrentar as crises da vida. E assim, nos princípios trazidos por Buda de que a existência da dor está ligada ao perpétuo fluxo da vida⁴⁴, e nas palavras de Jesus, que diz que no mundo tereis aflições⁴⁵, pergunta-se: há como explicar de modo convincente este mundo de dores e aflições sem a existência da religião?

Além do que, a modernidade demonstra claramente que o homem, mesmo após vencer as crises, sejam estas a ignorância cultural, científica ou política, e por que não dizer matemática e econômica, continua sendo religioso.

As teorias sociológicas de que o homem é propenso à religiosidade afirmam também que o mesmo homem social e político ao mesmo tempo é religioso, e isto tem sido respeitado pelo ordenamento constitucional, pois é direito fundamental diante da autonomia, individualidade e dignidade do homem em crer.

1.4 - A vitaliciedade da religião em face do racionalismo cientificista.

Outro fato que demonstra a força da religiosidade do homem é a análise histórica do presente em relação ao passado sob o paradigma da Idade Média, Iluminismo e Modernidade.

Na “Idade Média”, quando a sociedade estava emaranhada no místico, religioso, subjetivo, com os absurdos que a história nos mostra com suas fogueiras e decapitações, cruzadas, grandes navegações e devastações indígenas, tudo em nome da religião e do empoderamento econômico; nasce o Iluminismo trazendo luz às trevas, trazendo o racionalismo e a racionalização. Nos conceitos de Edgar Morin⁴⁶, a ciência e a razão como “deusas”, Marx e O

⁴⁴ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.12.

⁴⁵ BÍBLIA, Sagrada. Evangelho de João, Capítulo 16, verso 33. Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969.

⁴⁶ MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. - Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 157

Capital⁴⁷ de 1867, como a filosofia materialista estrutural de toda forma econômica de pensamento, com o repúdio à religião declarando-a como o “ópio do povo”.

A burguesia buscando lucro e liberdade, propriedade e riqueza fundamentada na lógica matemática, na individualidade e no banimento da religiosidade, embasando-se na teoria marxista, ignora os elementos espirituais. Salários e preços não são estabelecidos nem pela religião, tampouco pela ética. A riqueza se constrói por meio de uma lógica duramente materialista: a lógica do lucro, que não conhece a compaixão. Na verdade, aqueles que têm compaixão condenam-se a si mesmos à destruição⁴⁸. E nesta linha de raciocínio Marx antevê o fim da religião⁴⁹.

Todavia, após um século de inúmeros avanços científicos, o mesmo ser humano continua fazendo oferendas aos deuses da praia e do mar, lavando as escadas do Pelourinho, fazendo procissões e caminhadas místicas, visitando túmulos de mortos e ressurretos, orando, pregando e fazendo canções em nome da fé. O islamismo cresce por todo o mundo, o cristianismo protestante prolifera-se como nunca antes visto, a renovação carismática católica lota estádios, rádios e canais de televisão divulgam a fé de forma intensa, templos e igrejas estão lotados todos os dias, seja nas cidades interioranas ou nas capitais. Ou seja, a religião não enfraqueceu, nem perdeu sua força diante da ciência lógica e racional.

Mesmo em pleno modernismo ou pós-modernismo, como alguns entendem, mesmo diante da cientificidade e racionalismo lógico dominante desta geração, vemos o homem buscar a religião, procurar as coisas do espírito, como sempre o fez.

Tanto a fé como a ciência permaneceram vivas e fortes de diversas formas. Conforme pesquisa da Biblioteca de São Paulo, ainda hoje a Bíblia é o livro mais lido no mundo⁵⁰. Nas palavras de Francis Collins, seria a matemática,

⁴⁷ MARX, Karl. Manuscritos econômicos-filosóficos . Trad. José Carlos Bruni. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978. p.133

⁴⁸ ALVES, Rubem. O que é religião? São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 32.

⁴⁹ Ibidem, p. 38.

⁵⁰ Disponível em: < <http://bibliotecadesaopaulo.org.br/2013/04/30/10-livros-mais-lidos-no-mundo/>>

juntamente com o DNA, outra linguagem de Deus? E o astrônomo Jastrow diz: “Eles escalaram as montanhas da ignorância se dispondo a alcançar seu cume e, quando se apoiaram na última rocha, foram acolhidos por um grupo de teólogos que estavam lá instalados há muitos séculos⁵¹”.

Rubem Alves, sob a permanência da essência religiosa no homem ensina.

Todos concordariam em que seria acientífico denunciar a lei da gravidade sob a alegação de que muitas pessoas têm morrido em decorrência de quedas. Se assim procedemos em relação aos fatos do universo físico, por que nos comportamos de forma diferente em relação aos fatos do universo humano? Antes de mais nada é necessário entender. E já dispomos de uma suspeita: ao contrário daqueles que imaginavam que a religião era um fenômeno passageiro, em vias de desaparecimento, a sua universalidade e persistência nos sugerem que ela nos revela "um aspecto essencial e permanente da humanidade⁵²".

Em dados estatísticos, tanto no Brasil como em outros países, cerca de 50% (cinquenta por cento) da população frequenta algum tipo de culto e 89% (oitenta e nove por cento) da população concorda que a religião é importante, segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas⁵³.

O físico nuclear Robson Rodovalho, em recente obra denominada: *Ciência é fé, o reencontro pela física quântica* (2013), diz que não há contradição entre ciência e fé, são fenômenos que se complementam e interagem em idiomas diferentes à luz do conhecimento, pois a ciência está baseada em experimentos, em asserções científicas, enquanto a espiritualidade da fé fulcra-se numa sabedoria milenar da humanidade⁵⁴. A física moderna vive um momento de inflexão tentando entender seus fenômenos, possibilitando uma abertura para a atuação da fé e da espiritualidade, sendo impossível estudar os fenômenos quânticos sem

⁵¹ RODOVALHO, Robson Lemos. *Ciência e fé: o reencontro pela física quântica*. Rio de Janeiro: Leya, 2013.p.61.

⁵² ALVES, Rubem. *O que é religião?* São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 28.

⁵³ NERI, Marcelo Côrtes. *Novo Mapa Das Religiões*. Fundação Getúlio Vargas. CPS. Rio de Janeiro. 2011. p.14. Verificar em: http://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf

⁵⁴ RODOVALHO, Robson Lemos. *Ciência e fé: o reencontro pela física quântica*. Rio de Janeiro: Leya, 2013.p.27.

perceber que há uma íntima e profunda correlação da ciência com a fé espiritual⁵⁵. O autor preconiza:

A ciência é a tentativa de explicar o funcionamento do Universo. É apenas isso. Quanto à religião, continua-se a falar dela como uma tentativa de explicação ainda não científica e, conseqüentemente, falsa e ingênua. Acreditava-se nela também na França de Auguste Comte. A religião não é, de forma alguma, um conto. As religiões não teriam durado tanto quanto a própria humanidade, dizem os biólogos sociólogos, se elas não fossem indispensáveis à sua sobrevivência⁵⁶.

E continua, alegando que “estamos aqui neste Universo para construir a realidade”. Nesta assertiva, a física quântica e a fé são congruentes, pois enxergam a mesma verdade com óticas diferentes. Buscam a construção do Universo pela fixação do plano imaterial, quântico ou espiritual, ocorrendo o “colapso da onda” na linguagem da física quântica e a “materialização do milagre” na linguagem da fé, todavia a manifestação do fenômeno é o mesmo e inquestionável para ambos os paradigmas⁵⁷.

1.5 - A religião como fonte de esperança e vida

Há duas faces da religião, talvez mais, mas aqui analisar-se-ão estas duas. Uma face subjetiva e outra institucional. A religião subjetiva, inerte a individualidade humana, nos dizeres de Rousseau: a religião do homem, sem templos, altares ou ritos, limitada ao culto puramente interior do Deus supremo e aos deveres eternos da moral, é a religião pura e simples do Evangelho, o verdadeiro teísmo é aquilo que pode ser chamado de direito divino natural⁵⁸.

⁵⁵ RODOVALHO, Robson Lemos. Ciência e fé: o reencontro pela física quântica. Rio de Janeiro: Leya, 2013.p.51.

⁵⁶ Ibidem. p.62.

⁵⁷ Ibidem. p.78.

⁵⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. Trad. Lourdes Santos Machado. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978. p.140.

Durkheim fala que as religiões individuais são aquelas que o indivíduo institui para si mesmo e celebra por conta própria. Estão localizadas em quase todas as civilizações, cada *Ojibway* tem seu *manitu* pessoal que ele próprio escolhe e reverência, seja o melanésio nas ilhas Banks que tem seu *tamaniu*, o romano tem seu *genius*, o cristão seu santo padroeiro e seu anjo da guarda⁵⁹.

A outra face da religião é a institucionalizada, oriunda da unidade da fé de um povo, organizada como um sistema, aqui nascem seus deuses, padroeiros, dogmas, ritos e cultos⁶⁰. É a religião dos símbolos, em que o comum se torna sagrado, o pão do café da manhã passa a simbolizar o corpo do próprio Deus, o vinho da festa vira o sangue redentor, a pedra de alicerce torna-se altar. Novamente nas palavras de Ruben Alves:

E é aqui que surge a religião, teia de símbolos, rede de desejos, confissão da espera, horizonte dos horizontes, a mais fantástica e pretenciosa tentativa de transubstanciar a natureza. Não é composta de itens extraordinários. Há coisas a serem consideradas: altares, santuários, comidas, perfumes, lugares, capelas, templos, amuletos, colares, livros. . . e também gestos, como os silêncios, os olhares, rezas, encantações, renúncias, canções, poemas romarias, procissões, peregrinações, exorcismos, milagres, celebrações, festas, adorações⁶¹.

Durkheim, além de enxergar a religiosidade individual do homem, mais adiante em sua obra, ao trazer a definição de religião, a vincula à fé compartilhada socialmente, a um sistema social de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que reúnem numa mesma comunidade moral, chamada Igreja, todos aqueles que a elas aderem⁶². O autor vincula religião e coletividade e continua:

As crenças propriamente religiosas são sempre comuns a uma coletividade determinada, que declara aderir a elas e praticar os ritos

⁵⁹ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.30.

⁶⁰ Ibidem, p.141.

⁶¹ ALVES, Rubem. O que é religião? São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 09.

⁶² DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.32.

que lhe são solidários. Tais crenças não são apenas admitidas, a título individual, por todos os membros dessa coletividade, mas são próprias do grupo e fazem sua unidade. Os indivíduos que compõem essa coletividade sentem-se comum. Uma sociedade cujos membros estão unidos por se representarem da mesma maneira o mundo sagrado e por traduzirem essa representação comum em práticas idênticas, é isso a que chamamos uma igreja⁶³.

(...) Uma igreja não é simplesmente uma confraria sacerdotal: é a comunidade moral formada por todos os crentes de uma mesma fé, tanto os fiéis como os sacerdotes⁶⁴.

As duas faces estão no homem, pois a primeira é inerte ao espírito que busca esperança, que busca trazer à existência as coisas que ainda não existem⁶⁵, isto é fé. A segunda à necessidade de convivência social, como dito outrora, “não é bom que o homem esteja só⁶⁶”, o que a sociologia, como ciência, estuda cotidianamente. Assim a religião pode ser entendida como um ambiente onde a esperança individual é fortalecida e compartilhada.

E nesta prática religiosa de esperança compartilhada é que nasce a ideia e a prática do culto e da linguagem religiosa. Para Durkheim, culto é um sistema de ritos, de festas, de cerimônias diversas que apresentam todas as características de retornarem periodicamente. É uma prática que fundamentada na necessidade que o fiel sente de manter e fortalecer sua fé, a intervalos de tempo regulares, o vínculo com os seres sagrados dos quais depende. Já a linguagem não é meramente o revestimento exterior do pensamento; é seu arcabouço interno⁶⁷. É o meio pelo qual a crença se reproduz em si mesma.

Dessa forma conclui o autor:

⁶³ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.28.

⁶⁴ Ibidem. p.30.

⁶⁵ BÍBLIA, Sagrada. Livro de Hebreus, Cap. 11:1. Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969.

⁶⁶ BÍBLIA, Sagrada. Livro de Genesis, Cap. 2:18. Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969.

⁶⁷ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p. 52 e 66.

De fato, quem quer que tenha praticado realmente uma religião sabe bem que o culto é que suscita essas impressões de alegria, de paz interior, de serenidade, de entusiasmo, que são, para o fiel, como a prova experimental de suas crenças. O culto não é simplesmente um sistema de signos pelos quais a fé se traduz exteriormente, é o conjunto dos meios pelos quais ela se cria e se recria periodicamente⁶⁸.

Assim, por meio de uma fé individual e coletiva, da invocação pessoal e do culto comunitário, sempre fundamentado na esperança, é que a religião cumpre sua função no seio social e na alma humana.

Talvez seja esta a grande marca da religião: a esperança. E talvez possamos afirmar, com Ernest Bloch: "onde está a esperança ali também está a religião"⁶⁹.

A esperança faz parte do mundo religioso, pois este tem como um de seus fundamentos a existência do sobrenatural, do transcendente e do inexplicável, entendendo-se nas palavras de Durkheim como sobrenatural toda ordem de coisas que ultrapassa o alcance de nosso entendimento, é o mundo do mistério, do incognoscível, do incompreensível, da capacidade de transformar situações, de comandar elementos, de deter ou precipitar o curso dos astros, de provocar a chuva ou pará-la apenas usando a voz ou o gesto⁷⁰.

E continua o autor dizendo que sobrenatural é a força capaz de alterar, infringir, modificar, as leis naturais, os sistemas que regulam a natureza terrena. A religião crê que pela fé, pela esperança, que o melhor incidirá e vencerá o pior, sobre o natural pode operar-se o sobrenatural, que milagres podem acontecer, que o impossível pode tornar-se possível⁷¹.

Desta forma, seja através de Deus ou deuses, espíritos ou energias, anjos ou entidades, palavras de benção ou maldição, orações, rezas, mantras, descarregos, passes, libertações, votos, campanhas, promessas, ofertas, oferendas, dízimos, consagrações, despachos, terços, benzimentos, unções,

⁶⁸ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.460.

⁶⁹ ALVES, Rubem. O que é religião? São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 57.

⁷⁰ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p.5-7.

⁷¹ Ibidem. p.7-10.

entre outros ritos religiosos, o homem busca esperança no mundo da fé, do crer no invisível para viver e encontrar explicações para o inexplicável.

E Rubens Alves, com palavras poéticas, fala sobre a religião que é esperança.

E o leitor, perplexo, em busca de uma certeza final, perguntaria: "Mas, e Deus, existe? A vida tem sentido? O universo tem uma face? A morte é minha irmã?". Ao que a alma religiosa só poderia responder: "Não sei. Mas eu desejo ardentemente que assim seja. E me lanço inteira. Porque é mais belo o risco ao lado da esperança que a certeza ao lado de um universo frio e sem sentido"⁷².

2. A FUNÇÃO DA RELIGIÃO COMO SISTEMA SOCIAL

2.1 Sistema e sentido

Niklas Luhmann, entendendo a importância da religião como fator social, escreveu o livro *A Religião da Sociedade*⁷³, em que analisa a religião como mais um sistema autopoietico da sociedade.

O autor é pensador da teoria do sistema social mais abrangente, aquele que inclui todos os outros sistemas sociais dentro da sociedade. A teoria geral dos sistemas é exposta como teoria de sistemas autopoieticos, auto referenciais e operacionalmente fechados.

Autopoiese é definida como um sistema complexo que reproduz seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado, com a ajuda dos seus próprios elementos.

⁷² ALVES, Rubem. *O que é religião?* São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 57.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007.

Os autores Humberto Maturana e Francisco Varela⁷⁴ restringem o conceito da autopoiese a sistemas vivos, enquanto que Luhmann o amplia, por meio da comunicação, para todos os sistemas em que se pode observar tanto sistemas sociais, quanto sistemas psíquicos. Para ambos, autopoiese representa autonomia.

A teoria dos sistemas sociais tem como objeto o estudo de sistemas autopoieticos sociais, onde a comunicação é a operação básica através da qual o processo autopoietico separa esse sistema dentro do seu meio.

Não alcança somente a sociedade de forma geral, mas também organizações e interações fazem parte dos sistemas sociais, e assim têm características comuns e são comparáveis umas com as outras, tendo como principal ponto comum o fato de que a sua operação básica é a comunicação.

A comunicação é a única operação genuinamente social, e ela é autopoietica porque pode "ser criada somente no contexto recursivo das outras comunicações, dentro de uma rede, cuja reprodução precisa da colaboração de cada comunicação isolada"⁷⁵.

A religião no entendimento de Luhmann é "um meio de comunicação". Ela permite a passagem, segundo uma modalidade implícita (latente), "da complexidade indeterminada para a complexidade determinada"⁷⁶.

Luhmann identifica sistemas psíquicos e sociais como sendo operativamente fechados, mas cognitivamente abertos. Com isso, distingue duas esferas independentes de auto referência – consciência, de um lado, e sistemas sociais, de outro, compreendidos, neste último âmbito, interações, organizações e sociedade⁷⁷. Ou seja, a religião está entronizada e aglutinada na sociedade como a mistura de soluções inseparáveis.

⁷⁴ MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano. Campinas. Editorial Psy. 1995. p. 205.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3 ed. Petrópolis, RJ. Vozes. 2011. p.293/299.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. p.37.(Trad. Livre)

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoria general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Por Javier Torres Nafarrete. – Rubi (Barcelona): Anthropos; México:

Luhmann afirma em diversos momentos que a religião deve ser considerada um sistema autopoietico como os demais:

[...] a religião se encontra hoje em uma sociedade cujas estruturas foram substituídas pela diferenciação funcional. Daí não decorre problema algum no fato de que também a religião encontra seu lugar como um sistema funcional entre os outros⁷⁸ [...].

A diferenciação funcional do sistema religioso conduz ao fechamento operacional e à reprodução autopoietica desse sistema⁷⁹ [...].

A religião também distinguiu claramente, precisamente sob condições modernas de outros sistemas funcionais da sociedade⁸⁰.

Isso nos obriga a reconhecer que há, na moderna sociedade mundial, um sistema funcional para a religião que opera em bases mundiais e que se determina como religião, diferenciando-se dos demais sistemas funcionais⁸¹.

Para o autor, o homem social é religioso em sua essência, não podendo nenhuma ordem constitucional, política ou até mesmo ditatorial ser capaz de retirar a religiosidade da sociedade, e disserta o sociólogo, originalmente, que a segurança da religião estava na sociedade mesma; religião e sociedade não se permitem distinguir⁸².

2.2 Função da religião como sistema social

Os Sistemas Sociais, tais como a religião, no entendimento de Luhmann, tem como principal função reduzir a complexidade do mundo visando o entendimento das pessoas ou sistemas psíquicos – na linguagem da teoria dos sistemas. Complexidade é assim definida: um conjunto de elementos que

Universidade Iberoamericana; Santafé de Bogotá : CEJA, Pontificia Universidade Javeriana, 1998. p.16/22.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. p.182.(Trad. Livre)

⁷⁹ Ibidem. p.193.

⁸⁰ Ibidem..p.235.

⁸¹ Ibidem. p.236.

⁸² LUHMANN, Niklas. "Die Ausdifferenzierung der Religion", in *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, (1989), vol. 3, p259. Apud. BACHUR, João Paulo. A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann - Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/10.pdf>>

devido a restrições imanentes à capacidade de enlace, torna impossível combinar cada elemento ao mesmo tempo com cada elemento⁸³.

Pela teoria de Luhmann, o critério que regula os sistemas sociais e os sistemas psíquicos é o sentido, ou seja, eles se organizam baseados no sentido⁸⁴.

O critério que define os limites do sistema é a noção comum de sentido, é o entendimento comum sobre um sentido que separa o mundo em algo com ou sem sentido.

Todavia não é só o sentido, outros fatores como normas, valores, propósitos, alvos, ou seja, um conjunto que crie uma ordem de preferências de um sistema social, um emaranhado de mecanismos reguladores constituídos simbolicamente e com sentido.

Desta forma, o sistema social tem a capacidade de definir e redefinir internamente o que é o sentido, que depois se torna a base da seleção para redução da complexidade do meio e da contingência interna. Sistemas sociais são assim constituídos por sentido e constituem sentido ao mesmo tempo.

Nesse mundo, todo sistema social está constantemente lutando para manter sua fronteira sistema/ambiente; está sempre sobre pressão do excesso de complexidade que o ambiente representa para ele. Diante dessa pressão, a única saída para cada sistema funcional é intensificar seu fechamento operacional, fortalecendo sua fronteira com o ambiente e preservando sua autopoiese.

2.3 O Processo da privatização da experiência religiosa

⁸³ LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: Lineamientos para una teoria general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Por Javier Torres Nafarrete. – Rubi (Barcelona): Anthropos; México: Universidade Iberoamericana; Santafé de Bogotá : CEJA, Pontificia Universidade Javeriana, 1998.p.46/47.

⁸⁴ Ibidem. p.80.

Para o autor, sem comunicação não há sociedade, e fora da sociedade não há comunicação. Os limites da sociedade são os limites da comunicação; limites estes, que variam historicamente. Tudo que não é comunicação, não faz parte do sistema, passando a ser alocado fora do contorno deste. Não sendo comunicação, os seres humanos - enquanto sistemas psíquicos - não fazem parte da sociedade, e sim do seu meio.

Neste ponto, analisando o sistema social religião, vê-se uma profunda transformação, uma vez que, ocorreu a secularização da religião. Secularização é a relevância sócio-estrutural da privatização da decisão religiosa. Com isso não se postula em última instância a perda de função ou de significado da religião, teórica ou conceitualmente. [...] O conceito descreve ao contrário, um desenvolvimento estrutural historicamente apreensível para o sistema da sociedade, na medida em que tem efeitos sobre o sistema religioso e seu ambiente⁸⁵.

Sem querer adentrar nos detalhes dessa grande história, usando o paradigma do ocidente cristão, usar-se-á apenas a tradução da Bíblia como fenômeno catalisador da privatização da experiência religiosa.

Até o século XVI, havia apenas uma versão do texto sagrado e uma verdade religiosa. Isso somente era possível em uma sociedade estratificada em que o acesso ao texto sagrado era privilégio estamental, apoiado em mecanismos de controle de sua interpretação⁸⁶.

No entendimento de Luhmann, o controle hermenêutico do texto bíblico era assegurado pela censura, pela catequese, pelos monopólios de edição da Bíblia e pelas homilias (textos exegéticos que explicavam o teor das escrituras de maneira a reforçar a autoridade da igreja Católica). Tais mecanismos não assegurariam uma interpretação unívoca do texto bíblico a partir de meados do século XVII. A imprensa possibilita um volume de reprodução que, por sua vez, permite uma distribuição mercadológica, ou seja, a produção do texto se

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. p.241.

⁸⁶ HILL, Christopher. A bíblia inglesa e as revoluções do século XVII. Tradução de Cynthia Marques. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira. (2003), p.26. Apud. BACHUR, João Paulo. A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann - Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/10.pdf>>

orienta pela demanda e com isso se desacopla do próprio interesse do escritor ou daquele que encomendava o texto ao escritor ⁸⁷.

A capacidade individual de pôr à prova e refletir sobre as imposições decorrentes da fé, ligada à difusão do domínio da escrita, torna-se um problema apenas com a imprensa e, do lado protestante, conduz a uma alienação mais intensa (crença nas escrituras – se não estivesse escrito, não se acreditaria – e necessidade de uma organização eclesiástica), a uma internalização mais intensa da fé como experiência própria e a um convencimento próprio de cada um em sua confissão íntima ⁸⁸.

No mesmo diapasão de Max Weber ⁸⁹, Luhmann diz que o protestantismo aprofunda a privatização da experiência religiosa. A Reforma Religiosa provoca uma diferenciação interna entre protestantismo e catolicismo e permite uma especialização da função precípua da religião (negação do mundo), cujo ponto nodal é sua desritualização ⁹⁰.

O protestantismo ascético consoma a diferenciação funcional da religião, como desritualização da fé. Por isso Weber argumenta que o “puritano genuíno” vive na solidão de sua íntima convicção religiosa e, assim, constantemente imerso em um “sentimento de inaudita solidão interior”, pois a doutrina da predestinação lhe cobra “a forma mais extremada de exclusividade da confiança em Deus ⁹¹”.

A partir daí, a religião torna-se uma questão individual, e é por isso que a diferenciação funcional da religião pode ser expressa como privatização da experiência religiosa. Privatização significa, para o âmbito religioso, que a participação na comunicação espiritual (igreja), assim como a crença na fé, tornou-se matéria de decisão individual; que somente pode-se esperar religiosidade sobre o fundamento de uma decisão individual e que esse

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007. p.257/259.

⁸⁸ Ibidem. p.178.

⁸⁹ WEBER, Max. A ética protestante e o “espírito” do capitalismo. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, ed. A. F. Pierucci. Companhia das Letras. 2004. p.106.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Funktion der Religion*. Frankfurt, Suhrkamp. (1977), p.108. Apud. BACHUR, João Paulo. A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann - Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/10.pdf>>

⁹¹ WEBER, Max. A ética protestante e o “espírito” do capitalismo. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, ed. A. F. Pierucci. Companhia das Letras. 2004. p.95-96.

fenômeno se tornou consciente. Enquanto o não acreditar era, antes disso, matéria privada, agora a crença torna-se matéria privada⁹².

Weber analisa como a ética de rejeição do mundo oscila entre dois polos típico-ideais: a contemplação mística e a ascese ativa. Esta, pela compreensão que o crente tem de si mesmo como um instrumento para a obra divina; aquela pela posse contemplativa do sagrado; a ascese ativa representa um agir, a outra representa um possuir⁹³.

Mas, não obstante tais diferenças, “Ambas condenam o mundo social por fim a uma absoluta falta de sentido ou pelo menos à sua completa incompatibilidade com os desígnios de Deus⁹⁴”.

Desta forma, mesmo se iniciando individualmente a religiosidade como matéria íntima e privada de cada cidadão, na junção coletiva da fé formam-se os sistemas sociais religiosos que ganham vida autônoma, autopoietica, e que precisam ser respeitados pelo ordenamento jurídico.

Existe fé, crença, convicção individual, mas a religiosidade é manifestada socialmente de forma coletiva. Aliás, este é o conceito de religião trazido por Durkheim:

Religião é um sistema solidário de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, interditas; crenças e práticas que unem em uma mesma comunidade moral, chamada igreja, todos aqueles que a elas aderem. O segundo elemento que ocupa lugar em nossa definição e que não é menos essencial que o primeiro é o fato de que a idéia de religião é inseparável da idéia de igreja, isto quer dizer que a religião deve ser uma forma eminentemente coletiva⁹⁵.

⁹² LUHMANN, Niklas. Funktion der Religion. Frankfurt, Suhrkamp. (1977), p. 304-305. Apud. BACHUR, João Paulo. A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann - Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/10.pdf>>

⁹³ WEBER, Max. “Zwischenbetrachtung: Theorie der Stufen und Richtungen religiöser Weltablehnung” in Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, 9 ed., Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck), (1988). vol. 1. p.538. Apud. BACHUR, João Paulo. A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann - Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/10.pdf>>

⁹⁴ Ibidem. p.552.

⁹⁵ DURKHEIM, E. As formas elementares da vida religiosa. São Paulo. Paulus, 1989, p. 504.

E conclui o autor que a sociedade é a fonte da vida religiosa, ao mesmo tempo, que as categorias fundamentais do pensamento, logo a ciência, têm origem na religião, bem como as primeiras regras da moral e do direito, de forma que se presume que todas as grandes instituições sociais nasceram da vida religiosa, sendo esta uma expressão resumida da vida coletiva. Dessa forma, se a religião engendrou tudo o que há de essencial na sociedade, é que a ideia da sociedade é a alma da religião⁹⁶.

A organização política não tem centro: (1) é um sistema de sistemas autônomos, auto-organizados e reciprocamente interferentes; (2) é multipolar e multiorganizativa. Com efeito, ao lado do "Estado", existem, difusos pela comunidade, entes autônomos institucionais (ordens profissionais, associações) e territoriais (municípios, regiões). Daí a referência à perda do centro (do Estado concebido como organização unitária e centralizada) e a existência de um direito sem Estado, isto é, de modos de regulação (contratos, concertação social, negociações) constitutivos daquilo a que se poderá chamar reserva normativa da sociedade civil.⁹⁷

3. PANORAMA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE RELIGIÃO E ESTADO ATÉ O PROCESSO DE LAICIZAÇÃO DO ESTADO MODERNO.

Analisando a formação da sociedade e sua religiosidade, nos dizeres de Rousseau, os homens de modo algum tiveram, a princípio, outros reis além dos deuses, nem outro Governo senão o teocrático⁹⁸. Desta forma, vemos tantos deuses como são os povos, no que confirma Durkheim dizendo: onde

⁹⁶ DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes. 1996. p. 462.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p.15.

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. Trad. Lourdes Santos Machado. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978. p.137.

estiver a sociedade ali estarão os deuses e as experiências sagradas⁹⁹. Entre tantos deuses segue como exemplo Moloch, Saturno e Cronos, Baal dos fenícios, Zeus dos Gregos e Júpiter dos latinos¹⁰⁰, além de Jeová o Deus dos Judeus, pai de Jesus Cristo o Deus dos Cristãos.

Neste “Estado” teocrático de modo algum distinguia seus deuses de suas leis. A guerra política era também teológica; a jurisdição dos deuses ficava, por assim dizer, fixada pelos limites das nações¹⁰¹.

Em outro momento Rousseau diz que se poderia provar que jamais se fundou qualquer Estado cuja base não fosse a religião¹⁰².

Bérgson registra que se encontram no passado, e se encontram até hoje sociedades humanas que não possuem ciência, nem artes, nem filosofia. Mas nunca existiu sociedade sem religião¹⁰³.

Hespanha, por sua vez, quando escreve sobre o panorama histórico da cultura jurídica europeia, diz que o primeiro sistema normativo existente, quase jurídico, era a religião. O *ius divinum*, direito divino, que decorria da Revelação que não podia ser contrariado em seus comandos. Nesta regulação, crime e pecado se confundem e se apoiam¹⁰⁴.

Numa visão geral e antiga do Estado e do Direito, acompanhando o pensamento de Paolo Grossi, há de se crer que o direito, via de consequência o Estado, está totalmente ligado às raízes culturais, históricas, e por que não dizer, religiosas de uma sociedade¹⁰⁵.

⁹⁹ ALVES, Rubem. O que é religião? São Paulo : Edições Loyola, 2003. Pdf, p. 31.

¹⁰⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. Trad. Lourdes Santos Machado. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978. p.138.

¹⁰¹ Ibidem p.138.

¹⁰² Ibidem p.140.

¹⁰³ H. BERGSON. *As duas fontes da moral e da religião*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 85.

¹⁰⁴ HESPANHA, António Manuel. Panorama Histórico da cultura jurídica europeia. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p.29.

¹⁰⁵ Cf. GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2006, p. 15.

O Estado, bem como seu “direito”, é fruto de uma longa e profunda história, como profundas são as raízes de uma grande árvore, em que “o desenvolvimento dos tempos breves não convêm ao direito¹⁰⁶”.

Neste diapasão, o Estado está diretamente fundamentado sobre uma profunda consciência do valor que o sustenta, pois a norma que se deve obediência espontânea é aquela que se julga como boa e válida para transformar a desordem presente em ordem futura. E conclui o autor:

A ordem jurídica autêntica atinge o estrato dos valores de uma comunidade para deles trazer aquela força vital, que nasce unicamente de uma convicção sentida, para deles trazer aquela solidez que não tem necessidade de coação policial para se manter estável....E certamente, se o terreno típico dos valores é aquele religioso ou moral, também o reino da história, que é o terreno percorrido por ventos relativizadores, por eles é muito frequentemente fertilizado¹⁰⁷.

Verifica-se nestes pensamentos gerais sobre a formação do Estado e do direito que o mesmo nasce emaranhado dos valores morais e religiosos do povo, reiteradamente praticado e acatado espontaneamente (costume) é que formaram as primeiras ordens sociais.

Deste modo, verifica-se que a religião é do homem como a gravidade é do planeta, que a religião é antes do Estado, que o homem religioso é antes do homem civil.

3.1 – Estado e religião no início da era cristã

Com a premissa inicial de que o homem é um ser religioso e organizado civilmente, criador da ficção jurídica chamado Estado, e deste mantenedor por força ideológica e factual, analisar-se-á alguns panoramas

¹⁰⁶ Ibidem, p. 18.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 16.

sobre a relação da religião e do Estado desde o início da era cristã, como fontes de poder e regulação social.

No início da era cristã, o Império Romano hegemonicamente exercia grande domínio sobre muitas nações. Em sua política de conquista e dominação, segundo Rousseau, Roma deixava aos vencidos seus deuses, como suas leis. Uma coroa ao Júpiter do Capitólio era o único tributo que frequentemente lhes impunham¹⁰⁸.

Os romanos, a princípio, não impuseram suas leis nem seus deuses aos povos conquistados, havia um respeito desde que as imposições tributárias fossem cumpridas.

Com a expansão territorial e política do Império e a aceitação de todos os deuses, quase que os mesmos em todos os lugares, o paganismo foi finalmente conhecido no mundo como uma única e mesma religião¹⁰⁹.

Foi nesse ambiente que nasceu o cristianismo, religião predominante no mundo ocidental, nas palavras de Rousseau, foram nessas circunstâncias que Jesus veio estabelecer na terra um reino espiritual; separando, de tal sorte, o sistema teológico do político, fez com que o Estado deixasse de ser uno e determinou as divisões internas que jamais deixaram de agitar os povos cristãos¹¹⁰.

O cristianismo original trazido por Jesus Cristo em nada se envolveu com a política estatal, o que fica nítido na conhecida frase de Cristo: “Dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”¹¹¹. E em outro momento o autor da fé cristã diz que o Reino de Deus não viria em visível aparência, mas sim que o mesmo estaria dentro dos homens¹¹².

Desta forma, a fé cristã nasce no povo, no contato social, na comunicação entre pessoas, em meio a um emaranhado religioso, os cristãos

¹⁰⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978. p.139.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 139.

¹¹⁰ Ibidem, p. 139.

¹¹¹ BÍBLIA SAGRADA, *Evangelho de Mateus*, Cap. 22:21.

¹¹² BÍBLIA SAGRADA, *Evangelho de Lucas*, Cap. 17:20.

eram minoria, um grupo sem expressão guiados por um filho de carpinteiro sem nenhuma relação ou interesse de poder com o Estado Romano.

Nas palavras de Maria Celina Bodin, o cristianismo surgiu como uma religião de indivíduos, que não definiam por sua vinculação a uma nação ou Estado, mas por sua relação direta com o mesmo e único Deus. Enquanto nas outras religiões antigas a divindade se relacionava com a comunidade organizada, o Deus cristão relaciona-se diretamente com os indivíduos que nele creem¹¹³.

Com a liderança e movimentação social exercida por Jesus, as autoridades religiosas, influenciando as públicas, requerem a morte do líder como é sabido de todos.

Diante da morte e depois, como pregado na fé cristã, da ressurreição de Jesus, a pequenina e popular religião dos fracos e oprimidos ganha força e cresce de tal forma que passa a incomodar a miscelânea religiosa da época, a tal ponto de dizerem: “Estes que têm transtornado o mundo chegaram também aqui¹¹⁴”.

Do ano 30 ao 64 D.C. houve uma convivência pacífica entre o Império Romano e os cristãos, uma vez que os Romanos, como já dito, eram tolerantes com todas as religiões de seus súditos, além do que a única coisa que os cristãos buscavam era a liberdade para praticarem sua religião sem sofrerem discriminação¹¹⁵.

Todavia, o crescimento do número de cristãos proporcionou uma animosidade, uma intolerância religiosa tão grande que nasceu a perseguição estatal contra os cristãos primitivos. Agora, a dispersa religião, em virtude da perseguição, se espalha por toda Ásia, Oriente e parte da Europa, e assim, como ensina Hespanha, por três séculos a Igreja de Cristo permaneceu na

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.9.

¹¹⁴ BÍBLIA SAGRADA, *Livro Histórico de Atos dos Apóstolos*. Cap. 17:6.

¹¹⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.159.

clandestinidade¹¹⁶, nos escuros e escondidos rituais de amor ao próximo e a Deus.

A perseguição aos cristãos perdurou do ano 64 até 313 d.C., ou seja, de Nero até Diocleciano¹¹⁷, abundando os mártires e as atrocidades contra os cristãos, inclusive como objeto de entretenimento no coliseu romano.

Em 313 d.C., tudo se modificou, com a conversão do Imperador Constantino¹¹⁸ que promulga o *Edito de Milão*, com o qual concede a outorga da liberdade de culto aos cristãos, jurisdição ao papa e aos bispos sobre os fiéis, sendo agora até fomentada pelo poder imperial, que atribui força de julgamento às decisões episcopais sobre litígios de infrações religiosas que lhe fossem submetidas voluntariamente pelos fiéis¹¹⁹.

Aqui ocorre o início da maior e mais longa aproximação do Estado com a religião, que tenha sido registrada na história.

De 380 a 476, sob a égide do Edito de Constantinopla, o cristianismo se torna a religião oficial do Império Romano, conforme decreto do Imperador Teodósio I. De 420 a 490 d.C., sob os fundamentos Agostinianos sobre a política, fica o poder temporal (Estatal) subordinado ao poder espiritual (Religião) cabendo ao Estado a dilatação do culto e a defesa da Igreja¹²⁰.

3.2 - O Estado Medieval e sua relação com Igreja

Quando se compara a religião e o “Estado Medieval”, deve-se trazer à memória que aquele “Estado Medieval” é diferente do atual “Estado Moderno”,

¹¹⁶ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p.84.

¹¹⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.159.

¹¹⁸ Ibidem, p. 159

¹¹⁹ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p.84.

¹²⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.159.

nos moldes em que se conhece hoje. Nos ensinamentos de Pietro Costa, seria um erro enxergarmos o Estado Medieval com olhos de Estado Moderno.

Nos dizeres do autor, resumindo sua obra, cita-se:

Eu não seria, portanto, favorável a empregar o termo “Estado” para compreender e traduzir o léxico político medieval; manteria, no entanto, aberta a possibilidade de que na cultura medieval se desenvolva, ainda, que na ausência de esquemas teóricos assimiláveis ao nosso conceito de “Estado”, um verdadeiro e próprio “discurso de soberania”¹²¹.

A partir de Constantino (313 d.C.), o envolvimento da religião na história ocidental, que será focada aqui, passa paulatinamente a exercer domínio ou influência sobre o “Estado”.

Em rápidas palavras, levando em conta a queda do Império Romano, exemplificam-se a ascensão da influência e do poder da Igreja com os seguintes marcos: no século V o Império reconhece à Igreja o privilégio de foro, com jurisdição privativa sobre os clérigos. No século X arroga-se sobre todas as matérias relativas ao casamento. O domínio da escrita era predominantemente da religião. O fortalecimento institucional traz uma hegemonia sobre os mecanismos políticos e jurídicos, impondo-se aos reis e tutelando as organizações políticas periféricas¹²².

Sobre o período histórico, citando Rhonheimer, Ives Gandra esclarece que de 492 até 800 o Papa Gelásio formula o princípio do Sacro Império Romano Germânico que dizia: “*Dois são os poderes nesta terra: a sagrada autoridade (auctoritas sacrata) dos pontífices e a potestade régia (potestatas regalis)*”, sendo a primeira de índole pastoral e moral e a segunda de caráter jurídico e coercitivo, fundando o genuíno dualismo cristão¹²³.

Do ano 800 ao 1080 d. C., ocorre o Integralismo Medieval no qual, conforme ensina Ives Gandra:

¹²¹ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia - Ensaios de História do Pensamento Jurídico* - Biblioteca História do Direito – Coord.: Ricardo Marcelo Fonseca – Enc. Especial. Ed. Juruá. 2010. p.100

¹²² HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p.84.

¹²³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.160.

Com a coroação de Carlos Magno pelo Papa Leão III como Sacro Imperador Romano-Germânico no Natal de 800, vinga a teoria das duas espadas, pela qual o poder temporal seria a *longa manus* ou braço secular do poder espiritual da Igreja, politizando-se o poder espiritual, quer pela interferência abusiva dos Imperadores Germânicos sobre as coisas da Igreja, quer pela necessidade de os reis e imperadores terem a aprovação e sagração pontifícia para serem reconhecidos, dando à autoridade moral da Igreja caráter jurídico, gerando fenômenos como a Inquisição¹²⁴.

O poder institucional religioso cresce de tal forma que se torna legislador, nascendo o direito canônico, tendo como um dos marcos legais o Decreto de Graciano de 1140 d.C¹²⁵.

Nos ensinamentos de Hespanha, entre outros fatores de conduta civil trazida pela legislação canônica citam-se: matéria de relação pessoal entre cônjuges; valorização da vontade no direito dos contratos; desformalização do direito sobre as coisas; sucessão testamentária; exigência de boa-fé para a prescrição; valorização das soluções de equidade contra decisões de direito estrito; promoção da composição amigável e da arbitragem; estabelecimento de processo inquisitório em assuntos penais, buscando a verdade material¹²⁶.

Este crescimento do poder religioso, em assuntos de Estado e determinação de conduta social, trouxe grandes lutas entre o imperador e o papa, principalmente nos séculos X a XII¹²⁷.

Sobre este período histórico, se verificará alguns comentários de pensadores do final da Idade Média. Partindo de uma ordem cronológica de análise, Maquiavel (1527), o primeiro autor a fazer uma análise do Estado Medieval de acordo com aquilo que observou e empiricamente concluiu, sobre o tema diz:

¹²⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.160.

¹²⁵ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p.85.

¹²⁶ Ibidem, p. 86

¹²⁷ Ibidem, p. 86

Resta-nos somente, agora, falar dos principados eclesiásticos. Diante destes, surge toda sorte de dificuldades, antes de que se possam, porque são conquistados ou pelo mérito ou por fortuna. Mantêm-se, porém, sem qualquer das duas, porque são sustentados pela rotina da religião. As suas instituições tornam-se tão fortes e de tal natureza que sustentam os seus príncipes no poder,(...) antes de Alexandre, os potentados italianos pouca importância davam ao poder temporal da Igreja. E agora até o um rei de França o receia e foi expulso da Itália pelo papa, que conseguiu ainda arruinar os venezianos, o que apesar de conhecido não é inoportuno lembrar¹²⁸.

Maquiavel, que vive no século XVI, analisa a força e o poder que a religião impõe sobre o Estado, fundamentada na organização e repetição, exemplificando esta força com a capacidade do líder da instituição religiosa de expulsar um chefe de Estado, o Rei da França, que estava na Itália.

Thomas Hobbes, no *Leviatã*, também demonstra a influência e a autoridade que a religião exercia sobre o Estado Medieval, questionando se, haveria alguma legitimidade sobre um rei que não fosse coroado por um bispo, e também a imposição de celibato a todos, inclusive aos nobres, que desejassem se tornar padres; o poder de extinguir toda condenação imposta por um rei que foi julgado herege; o poder de depor reis, citando como exemplo o rei Chilperico da França, e por fim que o clero secular e regular, seja em que país for, se encontra isento da autoridade de seu reino, em casos criminais.¹²⁹

O autor mescla as duas instituições em si, defende que Estado e Região se misturem, sejam um só, como segue:

Portanto, nesta vida o único governo que existe, seja o do Estado seja o da religião, é o governo temporal. E não é legítimo que qualquer súdito ensine doutrinas proibidas pelo governante do Estado e da religião. E esse governante tem que ser um só, caso contrário segue-se necessariamente a facção e a guerra civil no país, entre a Igreja e o Estado, entre os espiritualistas e os temporalistas, entre a espada da justiça e o escudo da fé.

¹²⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Traduções de Lívio Xavier. 2ª ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 45

¹²⁹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 45

Apesar de o governo tanto na política quanto na religião estar unido, primeiro nos Sumos Sacerdotes e depois nos reis, pelo menos no que se refere ao direito, (...) ¹³⁰.

Para Hobbes, direito político e religião se consolidam nos soberanos cristãos, recebem poder sobre o povo tanto em assuntos políticos como religiosos, são os legisladores do Estado e da religião. Neste emaranhado político religioso, o papa governa os súditos de forma religiosa. E aqui a relação divina fica tão humanizada que o papa passa a ter domínio *jure civili* e não mais *jure divino* ¹³¹.

Thomas Hobbes sendo pensador que muito escreveu sobre religião, especialmente sobre o cristianismo, diz que existem duas espécies de religião, uma inventada pelos homens (pagãos) e outra dada por Deus através de alguns homens.

Todavia, o autor enxerga em ambas um fundamento de legitimidade para o ordenamento civil estatal.

Porque estas sementes foram cultivadas por duas espécies de homens. Uma espécie foi a daqueles que as alimentaram e ordenaram segundo sua própria invenção. A outra foi a dos que o fizeram sob o mando e direção de Deus. Mas ambas as espécies o fizeram com o objetivo de fazer os que neles confiavam tender mais para a obediência, as leis, a paz, a caridade e a sociedade civil. De modo que a religião da primeira espécie constitui parte da política humana, e ensina parte do dever que os reis terrenos exigem de seus súditos. A religião da segunda espécie é a política divina, que encerra preceitos para aqueles que se erigiram como súditos do reino de Deus. Da primeira espécie são todos os fundadores de Estados e legisladores dos gentios. Da segunda espécie são Abraão, Moisés e nosso abençoado Salvador, dos quais chegaram até nós as leis do reino de Deus ¹³².

Hobbes alega que os primeiros fundadores e legisladores de Estados entre os gentios, tinham o objetivo apenas de estabelecer a ordem civil através

¹³⁰ Ibidem, p. 153, 157.

¹³¹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 179.

¹³² Ibidem, p. 42

da religião. Para tanto, primeiramente incutiam o pensamento de que os preceitos eram divinos e não humanos, depois, que a obediência e a desobediência daqueles preceitos tinham o poder de agradar ou desagradar os deuses, e por fim instituíam cerimônias, suplicações, sacrifícios e festivais, que acreditavam serem capazes de aplacar a ira dos deuses. Mas o autor deixa claro em sua opinião, que o objetivo era a paz do Estado através da força da religião. E assim se vê como a religião dos gentios fazia parte de sua política¹³³.

Em outro momento Hobbes declara que:

De modo que antes da época da sociedade civil, ou em caso de interrupção desta pela guerra, não há nada que seja capaz de reforçar qualquer pacto de paz a que se tenha anuído, contra as tentações da avareza da ambição, da concupiscência, ou outro desejo forte, a não ser o medo daquele poder invisível que todos veneram como Deus, e na qualidade de vingador de sua perfídia. Portanto tudo o que pode ser feito entre dois homens que não estejam sujeitos ao poder civil é jurarem um ao outro pelo Deus que ambos temem, juramento ou jura que é uma forma de linguagem acrescentada a uma promessa; pela qual aquele que promete exprime que, caso não a cumpra, renuncia à graça de Deus, ou pede que sobre si mesmo recaia sua vingança. Era assim a fórmula pagã, que Júpiter me mate, como eu mato este animal. E isto, juntamente com os rituais e cerimônias que cada um usava em sua religião, a fim de tornar maior o medo de faltar à palavra¹³⁴.

Desta forma, com juramento civil, poderá ser demitido, se assim o soberano entender necessário. De outra face, é ao soberano civil que compete nomear os juízes e intérpretes das Escrituras canônicas, pois é ele quem as transforma em leis. Também é ele quem dá força às excomunhões, que seriam desprezadas se não fosse graças àquelas leis e castigos que são capazes de reduzir à humildade os mais obstinados libertinos, obrigando-os a unirem-se ao resto da Igreja¹³⁵.

¹³³ Ibidem, p. 43

¹³⁴ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 51

¹³⁵ Ibidem, p. 179

Pelo texto de Thomas Hobbes, entende-se que novamente a força se inverte, pois é o soberano estatal, quer monárquico, quer por assembleia, que, em nome de Deus, torna-se absoluto, podendo exercer todo o poder sobre os súditos e prestando contas somente a Deus.

Foi também dos gentios romanos que os Papas receberam o nome e poder de Pontifex Maximus. Este era o nome daquele que no antigo Estado de Roma tinha a autoridade suprema, sob o Senado e o povo, para regular todas as cerimônias e doutrinas referentes à religião¹³⁶.

O autor português Lacerda de Almeida dissertando sobre o tema diz que os Imperadores romanos-cristãos abriam mão de matérias de sua competência e as confiavam à decisão dos Bispos¹³⁷, que o direito constituído pela Igreja vigorou antes do Direito Romano, pois era o Direito Comum. Formando, assim, a “Christandade”, espécie de confederação de Estados Cristãos sob a autoridade de Papa. Onde a justiça eclesiástica tinha amplitude e era ilimitada¹³⁸.

Desta forma, por toda Idade Média o poder do Papa e do Imperador, nos dizeres de Hespanha, tinham um especial parentesco, pois aos olhos dos teólogos e dos juristas cristãos da Idade Média, o Imperador e a Igreja são irmãos (Bártolo), constituíam fatores muito poderosos na uniformização dos direitos locais, ora sendo o direito romano a ossatura do canônico, ora sendo o canônico a ossatura do romano¹³⁹.

A ruptura desse modelo de “Estado Religioso” ocorre a partir do século XVI. Marco histórico do contexto religioso que quebra essa hegemonia do catolicismo sobre o “Estado” foi a Reforma Protestante de Martinho Lutero, como ensina Lacerda.

¹³⁶ Ibidem, p. 213

¹³⁷ ALMEIDA, Lacerda. *A Igreja e o Estado, suas relações no Direito Brasileiro*. Universidade do Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro. 1924. p. V.

¹³⁸ Ibidem, p. VI.

¹³⁹ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p.90.

Causa, talvez a mais poderosa, de se haver sobremodo agravado este estado de cousas, foi a Reforma Lutherana, que no século XVI, arrancando varias nações da comunhão catholica, desfez a organização politica internacional, em que até então tinham vivido os Estados civilizados da Europa; até então, isto é, antes da paz de Utrecht, que outorgou direito de cidade ao protestantismo, tido a bom direito como rebelião politica, tal a sua índole manifestada por factos históricos. Perdido assim o apoio moral, o centro de gravidade, deixem-me dizer, que encontravam no Papa, as nações, entregues a si próprias, aos seus caprichos e desvarios políticos, não tiveram outro amparo mais que a força bruta expressa pelos exércitos em pé de guerra (...)¹⁴⁰

Com a Reforma Protestante, ocorre a quebra da hegemonia religiosa católica e nasce, nas palavras de Max Weber, uma nova ética cristã protestante, que ao invés de se preocupar somente com a vida após a morte e do medo do inferno – ensino predominante do catolicismo medieval – passou agora a desenvolver um empreendedorismo no pensamento cristão protestante¹⁴¹.

Resta, por outro lado, observar o fato de os protestantes (especialmente certos ramos do movimento, que serão amplamente discutidos adiante), quer como classe dirigente, quer como subordinada, tanto em maioria como em minoria, terem mostrado uma especial tendência para desenvolver o racionalismo econômico, fato que não pode ser observado entre os católicos sem qualquer das situações citadas. A explicação principal de tais diferenças deve pois ser procurada no caráter intrínseco permanente de suas crenças religiosas, e não apenas em suas situações temporárias externas, históricas e políticas¹⁴².

Se na face religiosa o protestantismo trouxe um marco divisório, no Estado Secular, no mundo do direito, alguns fatores também marcaram a história do Estado.

Hespanha ensina que no século XVI começa a ser possível o processo de unificação científica do direito – a construção de “sistemas” jurídicos gerais,

¹⁴⁰ ALMEIDA, Lacerda. *A Igreja e o Estado, suas relações no Direito Brasileiro*. Universidade do Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro. 1924. p. V.

¹⁴¹ WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 2ª Ed. Revista. Pioneira. Tubinger, 1904.

¹⁴² Ibidem, p. 14

estruturando a partir dos princípios obtidos, ou seja, já foi possível utilizar os mecanismos do raciocínio dedutivo, achando a solução jurídica conveniente¹⁴³.

Em 1550, admite-se o princípio “*cuius régio, eius religio*”, que, buscando colocar fim às guerras religiosas entre católicos e luteranos na Alemanha, impôs aos súditos a religião do príncipe, seguindo a tradição integrista entre política e religião, já em 1598 nasce a primeira norma de liberdade religiosa, o Editto de Nantes, trazendo a tolerância aos huguenotes num Estado de maioria católica¹⁴⁴.

Mais de um século depois do Editto de Nantes, John Locke (1704), por sua vez, traz pensamento extremamente sofisticado para época, zelando pela importância da religião, da tolerância entre as religiões e da relação que deve ser mantida entre a religião e o Estado.

Locke parte do raciocínio de que a sociedade política existe com o propósito de preservação e progresso de seus interesses civis, tais como a vida, liberdade, saúde, entre outros.

Quanto à relação Estado e Religião o autor escreve:

Aos magistrados civis é dado poder para executar as leis que promovem esses interesses, mas a salvação das almas não diz respeito a eles. Na verdade isso não pode ocorrer, pois a verdadeira religião “consiste na persuasão interior da mente”, enquanto o poder do magistrado “consiste apenas na força externa”. Locke então define a igreja como “uma sociedade livre e voluntária” a que os homens se filiam por vontade própria – ninguém nasce membro de qualquer igreja – “para a veneração pública de Deus da maneira que eles julguem aceitável e eficaz para a salvação de suas almas”¹⁴⁵.

O pensador político separa a atuação civil do Estado e a espiritual da religião. Ao Estado cabe impor até por via de força o padrão pactual da vida em sociedade procurando a paz social. Já a religião não pode permanecer com a

¹⁴³ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997. p. 134

¹⁴⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 160

¹⁴⁵ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Publicação Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 18

tutela da força, pois a sua natureza não é impositiva, mas sim voluntaria. E assim continua o autor.

Uma igreja, portanto, é semelhante a um estado ao ser formado voluntariamente para propósitos específicos, e como qualquer outra sociedade deve ter suas próprias leis para regulamentar seus assuntos; mas as leis eclesiásticas devem estar confinadas a sua esfera própria, que exclui qualquer coisa “relacionada à posse de bens civis e mundanos”, ou o uso da força “em qualquer situação”. Uma igreja pode manter sua própria disciplina interna expulsando qualquer membro que “continue obstinadamente a ofender” suas leis, mas tal excomunhão não deve envolver qualquer privação dos “direitos civis”. O fato do magistrado civil poder se tornar membro de uma igreja não afeta sua condição de sociedade voluntária ou de algum modo lhe acrescenta poderes. Uma igreja, por isso, não tem um poder próprio para perseguir, nem pode solicitar ao magistrado que persiga em seu favor. Mesmo que fosse certo que uma determinada igreja possuísse toda a verdade sobre a religião, isso não lhe conferiria qualquer direito de destruir as igrejas que discordam dela, e como na verdade não pode existir tal certeza, a intolerância ainda é menos justificável. Além de tudo, a perseguição não pode garantir mais que uma conformidade externa, visto que “a fé em si, e a sinceridade interna, são coisas que buscam a aceitação de Deus¹⁴⁶”.

Na mesma linha de raciocínio, Montesquieu (1755) traz outro pensamento interessante sobre a relação Estado e Religião. Para o autor a Religião deve trazer conselhos, e o Estado, preceitos. Sendo que os preceitos estatais visam à paz civil, à conduta ordeira e organizada, fundamentada no pacto social, que visa o bem de todos. De outro lado o caminho religioso visa à perfeição do homem, à excelência de conduta objetiva e subjetiva, caminho este que não condiz com a maioria dos homens diante de sua natureza humana. Desta forma os conselhos da religião devem ser seguidos voluntariamente, ou seja, por aqueles que acreditam e decidem por esta via.

Já os preceitos civis estatais não podem ser conselhos, mas sim imposições para que a ordem social seja estabelecida. Como segue o texto:

¹⁴⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Publicação Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 18

As leis humanas, criadas para falar ao espírito, devem dar preceitos e não conselhos: a religião, feita para falar ao coração, deve dar muitos conselhos e poucos preceitos. Quando, por exemplo, ela dá regras, não para o bem, mas para o melhor; não para o que é bom, mas para o que é perfeito, convém que sejam conselhos, e não leis; pois a perfeição não diz respeito à universalidade dos homens nem das coisas. Além do mais, se forem leis, será necessária uma infinidade de outras para que se faça com que as primeiras sejam observadas. O celibato foi um conselho do cristianismo: quando dele fizeram uma lei para certa ordem de pessoas, foram necessárias novas leis, todos os dias para obrigar os homens a observarem-na. O legislador cansou-se, cansou a sociedade, para fazer com que os homens executassem por preceito o que aqueles que amam a perfeição teriam executado por conselho.¹⁴⁷

Neste processo histórico da relação Estado e Religião no mundo ocidental, o marco divisório mais importante foi as Revoluções da Inglaterra de 1689, também chamada Revolução Gloriosa que redundou *A Bill of Rights*, em seguida a Revolução Americana de 1776 que trouxe a Declaração dos Direitos da Virgínia e por fim, a mais destacada delas, a Revolução Francesa de 1789 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Todos esses documentos de direitos fundamentais trazem, respectivamente pela ordem das revoluções em seus artigos 16, 18 e 10, a garantia fundamental da liberdade religiosa.

Com essas revoluções que buscaram a soberania popular absoluta, fundamentada num Estado Constitucional Democrático e sem mais submissão à Igreja, mesmo que sob intensa crítica da Igreja Católica por meio do Papa Pio VI que condenava a liberdade religiosa¹⁴⁸, firmou-se a laicização do mundo ocidental.

Com o nascimento da modernidade, a humanidade entra no cientificismo, no mundo do racionalismo lógico e matemático, econômico e lucrativo. Como já dito, o homem rompeu com o misticismo da idade média e se emaranhou no mundo da racionalidade banhada de racionalização e

¹⁴⁷ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. <http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2012/04/montesquieu-o-espírito-das-leis.pdf>. p. 210

¹⁴⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 161

racionalismo, nos conceitos de Edgar Morin, com acertos e desacertos em todas as áreas da ciência e do pensamento¹⁴⁹.

Neste processo contínuo de racionalização e desracionalização, o homem cria e acredita em conceitos que, em seguida, serão desacreditados e substituídos por novos conceitos, construindo uma história de constantes transformações. Ou seja, no entendimento de Kuhn¹⁵⁰, a história das ciências aparece não como um progresso contínuo e cumulativo, mas como uma série de revoluções desracionalizantes, provocando, cada uma, nova racionalização.

Com o Iluminismo e o cientificismo, tentou-se desacreditar a religião. Todavia, como já exposto, não houve êxito neste intento. Pelo contrário, a religião permanece importante, crescente e completamente envolvida na sociedade moderna.

3.3. A laicização do Estado Democrático de Direito

Na relação entre Estado e Igreja verificam-se várias estruturas político-religiosas, cada uma com suas características. Segundo Jorge Miranda esta relação fica demonstrada da seguinte forma¹⁵¹:

Ainda há Estados onde existe a identificação entre estes e a religião, entre a comunidade política e religiosa, que se aglutinam formando um só poder, daí surgem os estados teocráticos e o cesaropapismo. No Estado Teocrático há um domínio do poder religioso sobre o domínio político e no Cesaropapismo há um domínio do poder político sobre o poder religioso.

Tal estrutura político-religiosa é verificável em nossos dias no fundamentalismo islâmico em que leis civis e religiosas se misturam.

¹⁴⁹ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. - Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 157

¹⁵⁰ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Estado, liberdade religiosa e laicidade*. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 106

Num segundo modelo, ocorre a não identificação; é o chamado Estado Laico que por sua vez também se divide em dois grupos. Há o modelo em que o Estado se vincula com uma confissão religiosa formando-se assim a religião oficial do Estado. E há o modelo laico de separação entre Estado e religião, em que o estado tem uma postura de neutralidade¹⁵².

No primeiro caso, há a união entre Estado e religião na consagração de uma religião oficial, como ocorreu, por exemplo, na Constituição brasileira de 1824 consubstanciado em seu artigo 5º. Essa organização pode ocorrer das seguintes formas: A - Pode haver a ascendência de um poder sobre o outro o que cria o clericalismo - supremacia do poder religioso sobre o político - ou o regalismo - supremacia do poder político sobre o religioso -; B – Ocorre uma união com autonomia relativa, como foi no caso brasileiro.

No segundo caso de laicidade, com a separação entre Estado e Religião, esta pode ocorrer de forma relativa ou absoluta. Será relativa se houver tratamento especial ou privilegiado de uma religião em detrimento das demais. Será absoluta quando houver igualdade absoluta das confissões religiosas¹⁵³.

No Brasil atual, vemos claramente um discurso de neutralidade laica absoluta, todavia com uma prática repleta de relatividade. Prova disso são os símbolos católicos nos prédios públicos, os feriados nacionais fundamentados em dias de santos católicos.

Há ainda um terceiro modelo dessa relação caracterizada pela oposição do Estado à religião. Quando há uma oposição relativa encontra-se o Estado Laicista que desconfia ou repudia a religião como expressão comunitária. Quando a oposição é absoluta há o Estado Ateu ou de confessionalidade negativa, verificado nos totalitarismos modernos tais como os marxistas-lenistas e o nacional-socialista¹⁵⁴.

¹⁵² MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.108.

¹⁵³ Ibidem, p. 109

¹⁵⁴ Ibidem, p. 106-111

O Estado Laico buscado pela CR/88 busca a neutralidade absoluta entre poder político e religioso, assim, laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos, como fator e valor social constitucionalmente reconhecido.

O art. 18 da Declaração Universal de 1948 reza que:

“Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião: este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou a convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos¹⁵⁵”.

Diante do direito fundamental, o Estado Laico em um conceito ocidental e nacional de hermenêutica constitucional baseado no paradigma de Estado Democrático de Direito busca a neutralidade religiosa do Estado, mas não o seu desconhecimento da religião enquanto fato social. Sendo a religião um valor consolidado da sociedade, o Estado deve garantir a formação e o desenvolvimento de um ambiente público de livre consciência. A neutralidade estatal significa radical indiferença por toda valoração religiosa, todas as religiões devem ser tratadas de forma igualitária perante o poder público¹⁵⁶.

Neste modelo, segundo Jorge Miranda, o princípio da laicidade ou da não confessionalidade do Estado significa: a não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolo do Estado; a proscrição do juramento religioso; um dever de reserva dos titulares de cargos públicos; a ausência de símbolos de qualquer religião em prédios públicos; as garantias de assistência religiosa; o reconhecimento da eficácia jurídica do casamento religioso; a inadmissibilidade de proibição de uso de símbolos religiosos por funcionários, agentes públicos e alunos, desde que não ostentatório, provocatório ou ofensivo à dignidade da pessoa humana; existência de tempo de emissão religiosa na rádio e televisão

¹⁵⁵ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.Htm>

¹⁵⁶ MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 121

pública; punição de genocídio de grupos religiosos, incitação à discriminação, ódio ou violência, destruição ou dano a estabelecimento religioso¹⁵⁷.

No ordenamento constitucional pátrio lê-se: “(...) é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)”. Quando isso é dito e é “(...) assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (...)”, isso significa que o Estado não pode interferir neles, nem direta nem indiretamente, demonstrando a neutralidade desejada pelo constituinte, com base nos direitos fundamentais de primeira geração¹⁵⁸.

Esse Estado laico neutro desejado, ancora-se no entendimento de que a religiosidade humana está totalmente ligada à intimidade do homem. A preferência religiosa de cada pessoa é um vínculo de fé, e esta é subjetiva, individual, privada, ou seja, no mais íntimo e profundo do ser ontológico, que é exatamente a intimidade, aquele compartimento mais inatacável da vida privada ou da privacidade.

A isenção estatal visa à proteção de tão sagrado direito individual e coletivo, uma vez que a competência primordial pelo bem estar social e a resolução de conflitos pertence ao Estado, este deve estar banhado de tamanha isenção, seja no plano administrativo, seja no plano jurisdicional e ainda no plano legiferante, de forma a atuar de maneira a contemplar a todos¹⁵⁹.

A república que é democrática, de direito, solidária, também deve ser tolerante, principalmente com as minorias, uma vez que o ordenamento de direito protege especialmente as minorias, a parte frágil das relações, sejam relações e abusos de esferas públicas ou privadas.

Nesse sentido, o ordenamento constitucional ainda prescreve expressamente em seu art. 19: “É vedado” – portanto, é proibido, é defeso – “a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: estabelecer cultos religiosos ou Igrejas; subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 122

¹⁵⁸ Ibidem. p. 128

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Jorge Hélio Chaves. O Estado democrático moderno e sua Laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 129

manter com eles ou com seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.” A gestão pública, a função pública, não podem se confundir com o gestor e o funcionário público. Como detentor de um cargo público seu mister fundamenta-se no direito vigente e não em suas crenças pessoais, pelo que o tratamento em matéria de religião deve ser igualitária.

O Estado laico não fomenta, não sustenta, não se opõe, nem pode restringir a liberdade religiosa, sua função é garantir a liberdade constitucional dentro dos parâmetros da cidadania e igualdade de todos perante a lei. Assim, dentro de uma racionalidade e proporcionalidade, o Estado de forma isenta atua garantido que o direito à liberdade religiosa seja efetivamente realizado. Com o exemplo de Jorge Hélio¹⁶⁰, se vai haver uma procissão, um show de música gospel, uma reflexão de grupos religiosos no carnaval, o Poder Público precisa garantir o direito dessas pessoas de se reunirem. O direito de reunião, segurança, assistência médica, trânsito, entre outros, são funções estatais que devem ser efetivas para seus cidadãos.

4. O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição Imperial de 1824 foi a única que trouxe em seu artigo 5º uma religião oficial para o país, apenas “tolerando” restritivamente as demais religiões, onde estas somente poderiam realizar cultos em casas, sendo proibido qualquer realização de atividade religiosa em templos ou em público.

Paradoxalmente em seu artigo 179, V, traz proteção à liberdade religiosa, com ressalvas, como segue:

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Jorge Hélio Chaves. O Estado democrático moderno e sua Laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p. 130

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fóma alguma exterior do Templo.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

V. Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica¹⁶¹.

A Constituição Imperial mostra claramente o vínculo entre Estado e Igreja no Brasil.

Já a Constituição Republicana de 1891 que teve por modelo a constituição americana segundo Paulo Bonavides¹⁶², traz uma grande separação jurídica entre o Estado e a Igreja, assegurando em seu art. 72, vários direitos fundamentais que direta ou indiretamente atingem a relação Estado e Igreja.

No parágrafo 2º vê-se o princípio da igualdade que é fundamento do princípio da liberdade religiosa, no parágrafo 3º a liberdade de crença e seu livre exercício, rechaçando a proibição de culto existente na constituição anterior, no parágrafo 4º tira o poder religioso de realizar casamentos, no 5º seculariza a administração dos cemitérios permitindo a atuação de todas as religiões nas cerimônias fúnebres, no 6º seculariza o ensino religioso nas escolas públicas, e no 7º explicitamente desvincula qualquer ligação entre Estado e Religião.

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - (...)

§ 2º - Todos são iguais perante a lei. (...)

¹⁶¹ Conf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Rio de. Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 228

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - 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.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados¹⁶³.

Neste processo histórico de construção constitucional da liberdade religiosa e separação do Estado e da Igreja há de se ressaltar a atuação de figuras importantes, entre outras, como Rui Barbosa que sustentava a bandeira da liberdade religiosa em três frentes: nas colunas do “Diário da Bahia”, nos comícios e na extensa Introdução de “O Papa e o Concílio” editado em 1877; e também o paraibano Lins de Vasconcelos, que atuou contra a subvenção aos bispados católicos e também foi o pioneiro na luta contra o ensino religioso nas escolas públicas e a busca pelo Estado Leigo. Mais adiante se vê também a atuação do escritor Jorge Amado, então deputado federal pelo PCB de São Paulo, que mesmo sendo ateu, sensibilizado pela perseguição aos cultos africanos e também de uma situação vivenciada no Ceará, em que protestantes foram saqueados por fanáticos que ostentavam uma cruz, propôs, então uma emenda sobre a Liberdade Religiosa¹⁶⁴.

Numa visão internacional, o Presidente Norte Americano Franklin Roosevelt também se apresenta como grande defensor da liberdade crença o que ficou registrado no famoso discurso em que ressaltou as quatro liberdades:

A liberdade de expressão (*freedom of speech and expression*), a liberdade de crença (*freedom to worship God*), a liberdade da

¹⁶³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>

¹⁶⁴ GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2006. p. 24-26

necessidade (*freedom from want*) e a liberdade do medo (*freedom from fear*). Tais declarações vieram a ser a bandeira erguida contra os totalitarismos e o impulso para, ao final da Segunda Guerra Mundial, a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶⁵.

A constituição de 1934 manteve os direitos de liberdade de crença, e a de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, tida como autoritária e banhada de retrocessos no campo dos direitos e garantias fundamentais, manteve as conquistas de liberdade religiosa e separação de Estado e Igreja. O mesmo ocorre com a de 1946 que redemocratizou o país¹⁶⁶.

Até mesmo na constituição do regime autoritário de 1967, os direitos fundamentais de liberdade religiosa e laicização do Estado foram respeitados, todavia a sua consagração maior ocorreu na Constituição Cidadã de 1988.

Conforme ensino de Amaral Junior e Liliana Jubilut, citando Vieira, a Constituição brasileira de 1988 reconheceu um catálogo de direitos fundamentais sem precedentes na história pátria, em rol exemplificativo, portanto não taxativo, de direitos fundamentais. Numa postura reativa a um imediato passado de um Estado violento e arbitrário, somado a uma hierarquização e desigualdade social desde a fundação nacional, a Constituição da República nasce como um compromisso maximizador visando compatibilizar direitos de distintas matrizes históricas e filosóficas¹⁶⁷.

4.1. A história dos Direitos Fundamentais

Norberto Bobbio numa esplêndida síntese constrói a história dos direitos fundamentais nos Estados Liberais com o marco do jusnaturalismo em primeiro lugar, seguido das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas

¹⁶⁵ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 248

¹⁶⁶ GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2006. p. 23

¹⁶⁷ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos* – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 36

Constituições Liberais, e em seguida a formação do Estado de Direito com sua internacionalização após a 2ª Guerra Mundial¹⁶⁸.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a primeira ideia de direitos fundamentais é encontrada na antiguidade helênica, quando acreditavam na existência de um direito não criado por homens, nem fruto de deliberação de um rei, ou de um tirano, ou do próprio povo, citando como exemplo a frase de Sófocles registrada na Antígona, onde em resposta a Cleon diz: “ela não sabia que ele tinha poder de estabelecer leis que contradissem um direito estabelecido para todos os tempos pelos deuses?”¹⁶⁹.

No último século a.C., Marco Túlio Cícero, no *De Legibus*, escreve que o verdadeiro direito é aquele que nasce com o homem, que prevalece sobre a lei escrita. É a *non scripta sed nata lex*, ou seja, a lei natural.

Passo adiante, segundo o autor, é em São Tomás de Aquino que se encontra o próximo marco teórico sobre os direitos fundamentais. Na sua obra *Suma Teológica*, o escritor, além de teologia, também trata de temas de direito, distinguindo a lei eterna como sendo a vontade de Deus, a lei divina que foi revelada por meio da Bíblia, a lei natural e a lei positiva.

A lei natural está vinculada à própria natureza humana, é uma projeção da lei eterna que o homem percebe pela razão. E por fim, a lei positiva é a lei declarada, deliberada e promulgada pelo legislador. O que se registra como direitos fundamentais em São Tomás é a hierarquia da norma natural sobre a norma positivada¹⁷⁰.

Em Hugo Grócio inicia-se a laicização do direito, tirando as premissas religiosas do direito e fundamentando o direito natural na própria razão humana, uma lei que seria daquela forma, mesmo que Deus não existisse. Com este pensamento Grócio cria a base da construção filosófica para as revoluções liberais, que foi acompanhada por Thomas Hobbes, no *Leviatã*, por John Locke no *Segundo Tratado do Governo Civil* e depois no *Contrato Social*

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* – Nova Edição. Trad. L'età dei Diritti. 10ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 46

¹⁶⁹ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.240.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 241

de Rousseau. Todas essas obras, mesmo com muitas divergências de opiniões hipotéticas, comungam da ideia da existência do direito natural, do pacto e de um Estado como instrumento de proteção da sociedade¹⁷¹.

Para Norberto Bobbio, sob os conceitos kantianos, ensina-se que direito natural é o direito que o homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador. É a liberdade como autonomia, o poder de legislar para si mesmo, e entende que Constituição Civil nada mais é do que uma constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, é a imposição de ordenações que teve o direito de legislar de forma livre, sem imposição de forças externas ou outras forças¹⁷².

Em Montesquieu, é consolidado o eixo da organização política contemporânea, tal como a separação dos poderes, concedendo ao legislativo a função de criar as regras, ao judiciário a de arbitragem e ao executivo a força organizada de defender o direito e impor as decisões judiciais¹⁷³.

Em Rousseau também se verifica a ideia de governo democrático como legítimo, entendendo democracia, como vontade geral, fruto da participação de todos, onde se entende liberdade como a “obediência à leis que nós mesmos prescrevemos¹⁷⁴”. Tais fundamentos irão embasar as declarações de direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Revolução Francesa.

Tais declarações correspondem ao pacto social, reconhecendo determinados direitos como próprios ao ser humano, para que todos possam usar, desfrutar e gozar desses direitos concomitantemente¹⁷⁵.

Os direitos fundamentais, que se baseiam na natureza humana, existentes anteriormente à ideia de Estado ou qualquer autoridade passam,

¹⁷¹ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 241

¹⁷² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos – Nova Edição*. Trad. L'età dei Diritti. 10ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49

¹⁷³ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.243.

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; Apresentação Celso Lafer. Nova ed. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro. 2004. p. 80

¹⁷⁵ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 244

agora a serem declarados e reconhecidos pelas Declarações de Direitos oriundos do poder constituinte.

Dessa forma, fica claro para Ferreira Filho que a base dos direitos fundamentais é a natureza humana e que o reconhecimento escrito por parte do Estado é apenas um instrumento para educar o povo, de dar publicidade de seus direitos e obrigações. Também salienta o autor que, por serem direitos inerentes ao homem, estes são imprescritíveis e inalienáveis, pois o que faz parte ontologicamente do homem não acaba e não pode ser despido. Os direitos fundamentais são a base e a finalidade da própria organização política, o reconhecimento desses direitos é a própria base do Estado¹⁷⁶.

Os direitos fundamentais consolidados no século XIX, conhecidos como direitos de primeira geração, estão fulcrados na busca da liberdade, num dever de abstenção por parte do Estado, nas palavras de Constant de Lausanne, é a liberdade dos modernos, a busca pela privacidade, pela autonomia individual, pela não ingerência estatal¹⁷⁷.

Neste período, sob o liberalismo, como ponto negativo, ocorreu sob o manto da igualdade formal e da legalidade da burguesa a instauração da miséria, da exclusão social e a opressão do mais fraco pelo mais forte¹⁷⁸.

Ainda no século XIX, após a Primeira Guerra Mundial¹⁷⁹, nascem os direitos sociais, direitos de segunda geração, buscando uma ação positiva do Estado, tal como o reconhecimento do direito ao trabalho, fazendo com que o próprio Estado empregasse os desempregados, o que ocorreu nos chamados *ateliers nationaux*¹⁸⁰.

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 245

¹⁷⁷ Ibidem. p. 247

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 252

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 61

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 247

Neste viés de ações estatais positivas também buscou cuidar da saúde, educação, intervenção no mercado, proteção aos trabalhadores, assistência aos idosos e desamparados entre outros¹⁸¹.

Com o fim da segunda guerra mundial, somado aos direitos de primeira e segunda geração, surge a Declaração Universal dos direitos do Homem, votada pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 1948, na tentativa de estabelecer o “Estado de Direito”¹⁸².

Nas palavras de Amaral Junior e Liliana Jubilut, após a Segunda Guerra Mundial, como uma tentativa de reconstrução e unificação ética, por meio da criação de normas jurídicas e de um sistema de fiscalização da aplicação das mesmas, com o objetivo de proteger a pessoa humana¹⁸³.

Hoje se fala em direitos de terceira geração, direitos de solidariedade, tal como o direito ao meio ambiente saudável já consagrado na CR/88.

E para o futuro, quais as tendências na evolução dos direitos fundamentais? Em resposta a essa questão, Gonet Branco entende que, uma vez superada a fase filosófica de reivindicações políticas e éticas por meio da positivação dos direitos fundamentais, estes ganharam concretude e exigibilidade jurídica, todavia perderam abrangência. A tendência, segundo o autor, é a especificação. Dentro da universalização há indivíduos que merecem um cuidado especial, tais como enfermos, deficientes, crianças e idosos, que deixam de ser vistos de forma abstrata e passam a possuir direitos específicos. Essa tendência de especificidade também promove uma multiplicação de direitos. Como exemplo, a liberdade religiosa que, em primeiro momento, alcançava apenas certas confissões, passa a alcançar concepções religiosas variadas¹⁸⁴.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 62

¹⁸² AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 35

¹⁸³ Ibidem, p. 34

¹⁸⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.288.

4.2. O que são Direitos Fundamentais?

A Liberdade Religiosa alcançou status de direito fundamental primeiramente consolidado nos documentos das revoluções iluministas – inglesa, americana e francesa – e depois nas constituições republicanas que fulcraram o Estado de Direito Democrático, todavia cabe aqui entender o que significa em forma de Direito Material o que é Direito Fundamental.

Alguns autores entendem a desnecessidade de justificação dos direitos fundamentais, uma vez que já estariam superadas tais necessidades de justificação, por todos, veja as palavras de Bobbio que diz que o problema fundamental em relação a direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protege-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político¹⁸⁵, o autor busca efetivação e não mais justificação.

Todavia, no entendimento de Carlos Frederico, enquanto existir o pensamento popular de que “direitos humanos são só para humanos direitos”, que “ditadura é melhor do que democracia”, que a tortura ainda é um meio legítimo de investigação, continua existindo a necessidade de argumentação sobre o que são e o que justifica os direitos fundamentais¹⁸⁶. Neste sentido, tentando compreender a materialidade dos direitos fundamentais segue a pesquisa.

Para Canotilho, as nomenclaturas direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas, todavia, segundo sua origem e significado pode-se distingui-las da seguinte maneira:

(...) *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; Apresentação Celso Lafer. Nova ed. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro. 2004.

¹⁸⁶ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Direitos Humanos: Por que sua fundamentação moral é necessária? p. 53

arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁸⁷

Renato Maia, citando Rui Barbosa, distingue Direitos Fundamentais em disposições declaratórias e assecuratórias, sendo aquelas as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos e estas as que em defesa do direito limitam o poder do Estado. Assim, direitos são normas constitucionais, enquanto que garantias são instrumentos pelos quais se asseguram os direitos, sendo que ambos são banhados de aplicação imediata¹⁸⁸.

No campo da filosofia jurídica há várias concepções que buscam justificar os direitos fundamentais. No entendimento de Gonet Branco as principais correntes filosóficas são: a jusnaturalista, pela qual os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. A positivista entende que os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Os idealistas entendem que são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, e os realistas alegam ser o resultado do direto de lutas sociais e políticas¹⁸⁹.

Para o autor, independente da corrente filosófica para alicerçar os direitos fundamentais de forma geral, o mais prudente seria entendê-los dentro de um contexto histórico, de acordo com a realidade concreta em meio às condições e situações em que aquele direito vai atuar, são as circunstâncias sociais e históricas favoráveis para a aferição do direito fundamental.

Branco traz o entendimento de que o dispositivo maior de todo embasamento dos direitos fundamentais está na dignidade da pessoa humana em que o Estado passa a existir em função do homem e não o contrário¹⁹⁰.

Amaral Junior e Liliana Jubilut citando Piovesan declaram.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p. 517

¹⁸⁸ MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Ed. Especial. Pouso Alegre: FDSM. 2008. p. 108

¹⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 269

¹⁹⁰ Ibidem. p. 271

(...) a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido¹⁹¹.

Canotilho afirma a ideia de que os direitos fundamentais constituem a *raiz antropológica* essencial da legitimidade da constituição e do poder político¹⁹².

Por sua vez, José Afonso da Silva diz que direitos fundamentais são os que tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive¹⁹³.

Canotilho diz que um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos "direitos do homem" como *ratio essendi* do Estado Constitucional¹⁹⁴.

Bobbio leva o raciocínio interpretativo para entender direitos fundamentais em um contexto social, o autor diz que direitos do homem, democracia e paz, são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos¹⁹⁵.

Amaral Junior em consonância com Bobbio ensina:

Na vida internacional e na órbita doméstica existe um vínculo indissociável entre direitos humanos, democracia e paz. Sem a

¹⁹¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Lilianna Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 33

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p. 42

¹⁹³ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros. 1992. p. 163-164.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 41

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos – Nova Edição. Trad. L'età dei Diritti. 10ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1

garantia dos direitos humanos não há democracia, e sem democracia faltam as condições para a solução pacífica dos conflitos¹⁹⁶.

Bobbio traz que numa concepção jusnaturalista busca-se um fundamento filosófico, racional, irresistível como alicerce do direito fundamental, base esta que a mente se dobra necessariamente, inquestionável, totalmente absoluta e por isso deve ser respeitada como direito fundamental. Todavia, diz o autor, isso é uma grande ilusão, toda busca por um fundamento absoluto é, por sua vez, infundada. Primeiro porque direito do homem é conceito subjetivo, não há concordância plena entre todos os homens sobre os mesmos valores, em segundo lugar porque direitos e valores se modificam diante de circunstâncias reais, e em terceiro porque são heterogêneos havendo em certos momentos colisões conduzindo a uma relativização de direitos. E então se indaga: é absoluto como pode valer relativização? Se há, é porque não é absoluto¹⁹⁷.

Não há um fundamento absoluto, há vários fundamentos analisados aos olhos da filosofia, somados à sociologia, à realidade econômica e política, psicológica, daquela fase histórica para produzir as premissas de cada direito fundamental¹⁹⁸.

Nos conceitos de Galuppo, o direito fundamental tem seu alicerce no Comunitarismo aristotélico e no Liberalismo de John Locke, onde estes se diferenciam pela relação do indivíduo com o todo, ou seja, pela parte e a comunidade¹⁹⁹.

Segundo o autor, o comunitarismo pressupõe-se uma primazia ontológica do todo sobre a parte, de forma que a parte não exista sem o todo. Neste prisma Aristóteles entende que o lugar do homem é a polis, o ambiente ideal para que o potencial se torne fato e assim disserta: “a cidade conta entre

¹⁹⁶ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Lilianna Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 36

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos – Nova Edição. Trad. L'età dei Diritti. 10ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 16/21

¹⁹⁸ Ibidem. p. 24

¹⁹⁹ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 215

as realidades que existem naturalmente, e (...) o homem é, por natureza, um animal político”. E quem está fora da cidade, naturalmente e não por consequência das circunstâncias, é, ou um ser degradado, ou superior à humanidade²⁰⁰. Ou seja, é por meio da atividade política que o homem sai da existência potencial para a atual.

Nesta visão aristotélica comunitarista há o entendimento de que os Direitos Humanos são categorias que, na comunidade, atribuem ao homem certas características comuns que configuram sua identidade, categorias essas produzidas pela própria comunidade e, citando Habermas, diz que os Direitos Humanos devem sua legitimidade à auto compreensão ética e à autodeterminação soberana realizada pela comunidade política²⁰¹. Desta forma conclui-se que estes direitos fundamentais são dados objetivos para o Comunitarismo, uma vez que derivam da existência objetiva da própria comunidade.

O entendimento comunitarista prevaleceu até o século XV quando foi superado pelo modelo liberal, mais pertinente com o desenvolvimento do capitalismo emergente, uma vez que o antigo modelo tornou-se inconciliável com as características do mundo moderno.

O modelo liberal buscou premissas que fossem universais, e não restritos ao entendimento somente da comunidade local. A necessidade de realização de comércio internacional trouxe a demanda de direitos universais para que os comerciantes tivessem certa segurança para mercar onde quer que fossem²⁰².

De outra face, o comunitarismo tinha um perfil social estático, da mesma forma como o universo físico, tudo em permanente repouso. Havia mais de mil anos que a ordem social estava organizada da mesma forma, tendo a Igreja Católica Apostólica Romana e a tradição aristotélico-tomista no centro referencial daquela sociedade.

²⁰⁰ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 217

²⁰¹ Ibidem, p. 218

²⁰² Ibidem, p. 219

Com o nascimento da Modernidade, com a Reforma Protestante, com o surgimento do Racionalismo²⁰³, com a descoberta de novos mundos através das grandes colonizações, o mundo social ocidental ganhou outro dinamismo, totalmente diferente da estática do passado.

Canotilho chega a alegar que a quebra da unidade católica pela reforma protestante trouxe a busca do direito pela liberdade religiosa como a verdadeira origem dos direitos fundamentais mesmo que num foco somente por tolerância religiosa, menos abrangente do que foi conquistado com o direito inalienável do homem de ter sua liberdade de religião e crença como constatado nas cartas revolucionárias²⁰⁴.

A nova realidade social da modernidade ocidental caracterizou-se por não possuir mais um único centro orientador da ação, o que leva cada indivíduo a constituir-se centro de sua própria ação. Na gênese do Liberalismo está a ideia moderna de Sujeito e de Indivíduo²⁰⁵.

Descartes, em sua obra *Meditações Metafísicas*, criou um novo conceito de Indivíduo, sendo este um ser racional, pensante, tornando-se o sujeito central da metafísica moderna.

Todavia é em John Locke que se consuma a individualidade humana, em que todos os homens são livres e iguais em um Estado de Natureza. E toda vez que algum homem for violado nos seus direitos naturais, entre eles, o

²⁰³ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 220.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p.503. “A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à «verdadeira fé». Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. JELLINEK, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais.”

²⁰⁵ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 220

direito de preservar a criação, sobretudo os homens, sua integridade física, liberdade ou posses, ele pode castigar o ofensor²⁰⁶.

E, neste estado de natureza, o que leva o homem a viver em sociedade é o Estado de Guerra que, na busca da autoproteção, poderá ocorrer um estado de agressão e retaliação sem fim. Assim os homens se unem para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens que podem ser chamados de propriedade²⁰⁷.

Locke traz o conceito da formação do Estado como um Contrato Social, pelo qual os homens ficam protegidos, deixando o Estado limitado pelo Direito Natural, ou seja, a sociedade está fundada em um consentimento livre sobre direitos naturais, ou, em última instância, apenas a renúncia, de cada um, de fazer valer seu direito por conta própria²⁰⁸.

Toda essa construção teórica cria o fundamento dos Direitos Humanos no contexto do Liberalismo. Locke entende que os Direitos Humanos são inerentes a todos os seres humanos, por decorrência de sua própria natureza, de forma universal, sendo anteriores à própria sociedade. Ou seja, estão acima do Soberano Estatal. Nos dizeres de Habermas: no Liberalismo pressupõe que os Direitos Humanos “forneçam intrinsecamente barreiras legítimas que impeçam a vontade do soberano do povo de transgredir esferas invioláveis de liberdade individual”²⁰⁹.

O problema do contratualismo liberal está na natureza humana, uma vez que para ser um sistema perfeito seria necessária uma humanidade totalmente altruísta, que abre mão em função do próximo, todavia essa assertiva é utópica, uma vez que o homem é muito mais egoísta do que altruísta, o que redundaria em subcontratos sociais não para a defesa, mas sim, para dominação, para cercear direitos de outrem.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; Apresentação Celso Lafer. Nova ed. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro. 2004. p. 87

²⁰⁷ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 223

²⁰⁸ Ibidem, p. 223

²⁰⁹ Ibidem, p. 224

Dessa forma, nem o Comunitarismo, nem o Liberalismo são suficientes para embasamento dos Direitos Fundamentais.

A Teoria da Linguagem surge para tentar superar as inconsistências do Comunitarismo e do Liberalismo. Para Galuppo, é pela linguagem que o cidadão, via de consequência, a sociedade é construída com seus conceitos, valores e cultura²¹⁰. O indivíduo é interpelado pela língua em sujeito do aparelho estatal, ou seja, é a linguagem que primeiro o nomeia como cidadão no aparelho político.

Pela linguagem, a razão, que é a dialógica, gera a intersubjetividade inerente ao homem social. Assim, tanto a identidade se forma por meio da relação com o outro, como também a razão se realiza com o Outro, sendo à linguagem o meio pelo qual se torna possível coordenar e integrar os planos individuais de ação dos integrantes de uma sociedade²¹¹.

Acompanhando o pensamento de Habermas, Galuppo disserta que através do agir estratégico e do discurso, todos os inconvenientes de má comunicação operados na linguagem podem ser resolvidos. No agir estratégico há a instrumentalização de uma pessoa para realizar determinado fim. Na ação comunicativa que é o discurso, por meio da promoção de um ambiente adequado para se apresentar os argumentos, poderemos chegar a um consenso capaz de realizar a integração social²¹². Na teoria discursiva sempre se busca o melhor argumento, aquele capaz de refutar os demais.

Nesta teoria há a necessidade de quatro premissas que são: que o discurso seja livre de coerção física; que ofereça iguais condições de participação; que nenhum tópico seja por definição excluído da discussão; e que apenas o melhor argumento exerça coerção sobre os falantes²¹³.

²¹⁰ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 225-228

²¹¹ HABERMAS, Jorgen. Para a reconstrução do materialismo histórico. 2. Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 69

²¹² GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 229

²¹³ Ibidem, p. 230

O Direito coercitivo e positivo, construído democraticamente, com a participação e consentimento dos cidadãos, por meio de um processo discursivo e legislação, constituído de forma legal é o fundamento de justificação racional das normas universais²¹⁴.

Neste sentido, Alexandre Bahia, também acompanhando Habermas diz que pelo processo legislativo, através do Princípio do Discurso, o Direito estabiliza expectativas de comportamento (apresentadas e debatidas discursivamente), procurando gerar “consenso” (ou, ao menos, “compromisso” racionais)²¹⁵.

Nessa construção normativa de direitos humanos nasce uma intersubjetividade, uma reciprocidade entre a autonomia pública do comunitarismo e a privada do liberalismo. Não há primazia de uma sobre a outra como diz Habermas:

a relação interna entre democracia e estado de direito consiste nisso: de um lado, os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se, com base em sua autonomia privada igualmente protegida, ele forem suficientemente independentes; de outro lado, eles só podem compreender a igualdade na fruição de sua autonomia privada se eles fizerem um uso apropriado de sua autonomia política enquanto cidadãos. Consequentemente, os direitos básicos individuais e políticos são inseparáveis. A imagem de miolo e casca é enganosa – como se houvesse um área nuclear de direitos individuais elementares que tivesse prioridade sobre direitos de comunicação e participação. Para o estilo ocidental de legitimação, a co-originalidade de direitos individuais (liberais) e de direitos do cidadão é essencial²¹⁶.

Para Marcelo Galuppo, Direitos Fundamentais nascem quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica contida pela facticidade do direito, ou seja, na sua positividade e coercibilidade somada à sua pretensão de legitimidade, em outras palavras

²¹⁴ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 231

²¹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recurso extraordinário no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá. 2009. p. 230

²¹⁶ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 233

quando Direitos Humanos, através do Princípio de discurso, transformam-se em Princípio Democrático²¹⁷.

Por meio da constitucionalização, Direitos Humanos banhados de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais são reconhecidos como Direitos Fundamentais através da legitimidade do discurso jurídico.

E assim conclui Galuppo com o seguinte conceito de Direitos Fundamentais: são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático²¹⁸.

Carlos Frederico traz a justificação dos direitos fundamentais na moral. Alega o autor que a justificação origina-se na indagação: Por que a lei obriga²¹⁹?

Se a lei obriga porque ela é a lei, a resposta não se justifica, apenas se impõem de maneira positivista. Se a lei obriga porque está fundamentada em uma norma superior que a sustenta, também está incompleta a resposta, uma vez a só transfere a pergunta para norma superior.

Hans Kelsen, buscando tal justificação dentro do direito puro chegou ao conceito *lógico-transcendental* de “norma fundamental” como o ápice normativo que fulcra todo ordenamento jurídico. Todavia a solução Kelsiniana não responde á pergunta inicial²²⁰, pois se trata de uma solução puramente formal.

Segundo Carlos Frederico, com fulcro na doutrina de Carlos Santiago Nino, a norma se fundamenta em um princípio moral. Esta é a única instância capaz de prover o fundamento de obrigatoriedade da ordem jurídica de forma espontânea, sem o uso da força para sua obediência, salientando que numa sociedade democrática, este valor moral tem ainda mais força, pois as leis

²¹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 233.

²¹⁸ Ibidem, p. 235

²¹⁹ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Direitos Humanos: Por que sua fundamentação moral é necessária? In: AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos* – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.63.

²²⁰ Ibidem, p. 55/56

expressam a vontade da maioria, no que pertine às questões públicas²²¹, e assim preconiza o autor:

Chegará um ponto em que devemos aceitar que uma norma jurídica é aceita em virtude de um juízo normativo que não é uma norma jurídica, porque não é aceito por haver sido formulado por uma autoridade que outro juízo normativo legitima, mas por seus próprios méritos. Pois bem, um juízo normativo que é aceito não por haver sido formulado por certa autoridade, mas por seus próprios méritos, é precisamente o que se costuma identificar como um juízo moral(...) ²²².

Para correta compreensão da teoria, há de se analisar o conceito de juízo moral trazido pelo autor, uma vez que, seguindo John Rawls, não há fatos morais, não existe um mundo paralelo no qual se encontram todas as concepções morais, ou seja, a moral não é passível de experiência empírica, ela é construída pela via argumentativa pelos teóricos da moral que articulam criticamente as concepções morais existentes. Sendo a argumentação o modo de prova dos princípios éticos, pela aptidão correlata com o objeto da teoria moral²²³.

Desta forma, o autor defende a possibilidade de uma argumentação objetiva sobre princípios morais. Essa objetividade é alcançada quando o filósofo se volta às diversas concepções morais existentes na sociedade e propõe uma articulação destas, com vistas à deliberação para um problema moral, valendo-se da razão prática e da argumentação²²⁴.

Carlos Frederico traz três princípios de direitos humanos que são as premissas de sua tese. São os princípios da “Autonomia, Inviolabilidade e Dignidade”.

²²¹ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Direitos Humanos: Por que sua fundamentação moral é necessária? In: AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Lílilana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.57/58.

²²² Ibidem, p. 57

²²³ Ibidem, p.59/60

²²⁴ Ibidem, p.61

A Autonomia preza o livre arbítrio do indivíduo com o qual dirige sua vida particular no juízo de *moral auto-referente*, pelo qual, desde que terceiros não sejam afetados, o indivíduo deve ficar imune à ingerência alheia²²⁵.

As preferências pessoais ou externas não fazem parte deste senso de moral de Carlos Frederico, não integram a moral intersubjetiva que alicerçam os direitos fundamentais, não podem vincular juridicamente ninguém, sendo injustificada sua imposição coercitiva, e assim disserta o autor.

As preferências externas, exatamente por serem apenas subjetivas e desprovidas de uma justificação impessoal que aspire à generalidade, não podem vincular as vidas dos que não têm. A maioria da sociedade não tem o direito de impor seus meros desejos ao restante, “porque a crença de que preconceitos, aversões pessoais e racionalizações não justificam restringir a liberdade de outrem ocupa, por si só, uma posição crítica e fundamental em nossa moralidade popular²²⁶”.

O princípio da autonomia é a premissa que alicerça a maioria das liberdades civis como consciência, expressão, religião, intimidade, inviolabilidade, entre outros. Todos tem o direito de errar, desde que seus erros não acarretem impactos na vida de terceiros, o Estado deve-se omitir.

Pelo Princípio da Inviolabilidade da pessoa humana entende a proibição de impor aos homens, contra sua vontade, sacrifícios e privações que não redundem em seu próprio benefício. O individualismo é o alicerce central deste princípio, por isso sacrifícios em prol do todo ou do aumento da felicidade geral, em detrimento de interesses individuais, não podem ser exigidos²²⁷.

Somente direitos fundamentais podem ser banhados desta inviolabilidade, não podem ceder a demandas coletivas, ainda que legítimas.

²²⁵ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Direitos Humanos: Por que sua fundamentação moral é necessária? In: AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. “Moral Auto-referente é a que pertine a atos que só influenciam a vida do próprio agente, não prejudicando ou beneficiando terceiros. Desta forma, sem impacto sobre terceiros, não cabe ao Estado impor regras”. p. 64.

²²⁶ Ibidem, p. 66

²²⁷ Ibidem, p. 69

Por fim, o Princípio da Dignidade estabelece que os homens devam ser tratados segundo suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento. O homem deve ser tratado como algo diferente das demais coisas ou dos demais seres vivos. Por ser livre, o homem merece respeito, suas vontades devem ser valorizadas. Negar essa liberdade é abster o homem do atributo que faz dele um fim em si mesmo, colocando-o como um objeto que pode ser usado como as demais coisas. O homem deve ser tratado segundo sua vontade, porque esta é fruto da liberdade que inere ao homem, e cita o autor.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade²²⁸.

Com os princípios da autonomia, inviolabilidade e dignidade do homem, este, de modo autorreferente, tem na moral os pressupostos de valor social e histórico que justifica os direitos fundamentais.

4.3 - As Características dos Direitos Fundamentais.

Gonet Branco e demais autores trazem algumas características dos direitos fundamentais que de forma frequente coincidem na maioria dos países ocidentais.

A primeira característica é a universalidade e absolutividade desses direitos. Características que devem ser compreendidas em termos, uma vez que sempre haverá especificidade e exceções. Todavia, de forma abrangente,

²²⁸ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Direitos Humanos: Por que sua fundamentação moral é necessária? In: AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 73.

é universal, pois visa a todos e absoluto porque se encontra no patamar máximo de hierarquia jurídica²²⁹, como respalda Sarlet²³⁰.

Em segundo lugar, tem como característica a historicidade, pela qual os direitos fundamentais são formados historicamente e valorados de acordo com a realidade histórica e social de cada povo²³¹.

A terceira característica é a inalienabilidade²³² / indisponibilidade, ou seja, direitos fundamentais não admitem disposição, tais como renúncia, venda ou locação. Vai além do consentimento da pessoa. Ninguém pode vender parte de seu corpo, trocar seu direito de liberdade, etc.²³³.

Em quarto lugar, aparece a característica de constitucionalização. Os direitos fundamentais constitucionalizados estão consagrados em preceitos de ordem jurídica, alocados no texto constitucional. Branco usa esse entendimento para diferenciar as expressões, direitos humanos de direitos fundamentais, em que aqueles estão fundados no jusnaturalismo de índole filosófica, com vínculo supranacional e ligadas a pessoa humana, já a expressão direitos fundamentais refere-se a uma ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo pelo ordenamento constitucional²³⁴.

Canotilho, por sua vez, traz como características da constitucionalização a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade formal, ligada à constitucionalização, possui quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos

²²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.274.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.210.

²³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.276.

²³² FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.245.

²³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.277.

²³⁴ Ibidem, p. 278

fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Fundamentalidade material significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima fade*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal⁸ como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.71.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (JORGE MIRANDA). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais⁹. Preferimos chamar-lhe «norma com *fattispecie* aberta» (BALDASSARE) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.²³⁵

Em quinto lugar os direitos fundamentais têm como característica a vinculação dos poderes públicos²³⁶. Todo o Estado está subordinado ao parâmetro dos direitos fundamentais tanto em sua organização como em sua limitação e funções e poderes constituídos. Desta forma, tanto legislativo, executivo e judiciário estão vinculados aos direitos fundamentais tanto de forma negativa (limitação de poder), quanto de forma positiva (efetividade dos direitos fundamentais).

O legislativo tem nos direitos fundamentais seu parâmetro quanto a sua função legiferante em todo seu mister, sendo aqueles os paradigmas de análise de constitucionalidade de cada norma, sempre atento à proibição de retrocesso, impedindo assim que direitos conquistados sejam disponibilizados, além do que, poderá também, visando buscar a efetividade de direitos fundamentais, proporcionar por meio da legislação infraconstitucional a

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p.499.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.374.

aplicabilidade destes²³⁷. Também as funções de administração e fiscalização exercidas pelo legislativo devem estar subordinadas aos direitos fundamentais o que merece atenção especial no desenvolvimento de CPIs, onde, operando com poderes investigatórios os direitos fundamentais individuais devem ser protegidos²³⁸.

Não é diferente a vinculação do executivo, inclusive entendendo como administrador público todas as pessoas, públicas e privadas que mantêm relação com a pública, pois todos estão subordinados ao respeito aos direitos fundamentais²³⁹.

Quanto ao judiciário é da essência da sua função a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que possui a prerrogativa de controlar as demais funções estatais. O judiciário está vinculado a conferir a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, agindo de forma negativa (limitando abusos) e positiva (obrigando a efetividade) tanto na esfera pública quanto na privada²⁴⁰.

Para Canotilho, os direitos fundamentais são paradigmas hermenêuticos para a interpretação da constituição, *pré-compreende* uma *teoria dos direitos fundamentais*, no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e alcance intrínseco dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, concebidos como sistema ou ordem, constituiriam um ponto de *referência sistémico* para a teoria da constituição e do Estado²⁴¹. Assim todas as funções estatais estão primeiramente subordinadas a uma interpretação baseada nos direitos fundamentais.

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.375.

²³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.279.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.377.

²⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.285.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p.505.

A sexta característica dos direitos fundamentais está na sua aplicabilidade imediata²⁴². Nas palavras de Gonet Branco, os direitos fundamentais são obras do poder constituinte originário, expressão soberana de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos. A CR/88 trouxe essa característica de forma explícita no § 1º do art. 5º que reza “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Portanto são normas preceptivas e não meramente programáticas²⁴³.

4.4. O valor dos Direitos Fundamentais

Com a falência do Estado Social nasce a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais que é o reconhecimento de que estes, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, também consagram os valores mais importantes de uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”²⁴⁴.

Citando Vieira de Andrade, Sarmento diz:

Fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir²⁴⁵.

Nessa ótica, como valor nuclear de uma ordem jurídica democrática, os direitos fundamentais passam a ser um norte para o Estado e a sociedade, e

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.261.

²⁴³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.286.

²⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.253.

²⁴⁵ Ibidem, p. 254

não somente um não agir ou agir específico. Os direitos fundamentais orientam todas as funções estatais, tornam-se a base filosófica, o pensamento dirigente²⁴⁶.

Nesse prisma, o Estado não fica limitado a se abster, a não atrapalhar, a não ingerir, mas também tem a obrigação de proteger ativamente quem for agredido ou ameaçado por terceiros, no que tange a seus direitos fundamentais. Além do que, o Estado também ganha uma incumbência de fornecer condições materiais mínimas para o exercício efetivo desses direitos²⁴⁷.

Como norma valor, essa ganha uma função hermenêutica diante da legislação ordinária, sendo parâmetro de análise de constitucionalidade²⁴⁸.

Daniel Sarmento traz ainda que, por ser norma valor, os direitos fundamentais estão vinculados à coletividade, os quais, numa dimensão objetiva, devem ser exercidos no âmbito da vida societária e a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social²⁴⁹.

Canotilho também explana sobre a *teoria da ordem de valores dos direitos fundamentais*. Para o autor os direitos fundamentais apresentam-se, como valores de carácter objetivo e não como direitos ou pretensões subjetivas. São dotados de *unidade material*, na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas (*Anspruchssystem*), deduzindo que em primeiro lugar o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos para conferir um estatuto de proteção aos cidadãos, em segundo lugar, a teoria postula uma dimensão essencialmente objetiva, estando compreendida na tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto, via de consequência, por meio da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.254.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.173.

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.256.

²⁴⁹ Ibidem, p. 256

direito constitucional, sendo os direitos fundamentais a expressão dos valores aceites por determinada comunidade. E continua o autor, a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se susceptíveis de controle jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objetivos, desta forma, além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras estatais visando obter a *eficácia*²⁵⁰.

Acompanhando esses autores, Gonet Branco diz que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais são os princípios básicos da ordem constitucional, participam da essência do Estado de Direito Democrático assumindo um sistema de valores positivados, influenciando sobre todo o ordenamento jurídico e servindo de norte para toda atuação do Estado. Desta forma os direitos fundamentais representam os valores básicos da coletividade, ultrapassando o domínio do homem como indivíduo e alcançando o homem como sociedade e expandindo-se por todo ordenamento jurídico democrático²⁵¹.

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais também compele o Estado a proteger o cidadão e a coletividade de toda agressão ou ameaça de agressão a direitos fundamentais, sejam praticados pelo próprio Estado ou por particulares. O Estado deve adotar medidas, inclusive penais para efetivar os direitos fundamentais.

Gonet Branco, citando Paulo Bonavides traz o conceito de garantias institucionais que desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais, visando assegurar a permanência da instituição, não podendo esta ser atingida nem violada, porquanto se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do ente protegido. Essas instituições que podem ser de direito público ou privado

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993. p.507.

²⁵¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.300.

desempenham tão elevada importância social que devem ter suas características elementares protegidas²⁵².

Dentro do contexto da presente dissertação é de entender-se diante da relevância e da influência social e pessoal da atividade espiritual do homem, que leva ao entendimento de que a liberdade religiosa, seja em seu âmbito individual ou coletivo, com direito à crença e culto, ser uma das instituições garantidas com a proteção dos direitos fundamentais.

4.5 - As Funções dos Direitos Fundamentais

Usando a teoria dos quatro *status* de Jellinek – *status* passivo, *status* negativo, *status civitatis* e *status* ativo, Gonet Branco apresenta uma classificação dos direitos fundamentais visando sistematizar e entender as funções destes²⁵³.

Direitos fundamentais são primeiramente direitos de defesa²⁵⁴ que impõe ao Estado um dever de abstenção, de não intervenção, de não intromissão. É a limitação do poder estatal²⁵⁵. O “*rei*” não pode tudo. A famosa premissa conhecida como “*The King Can*”, ou seja, o Estado pode tudo, agora sofre limitação diante dos direitos fundamentais. O grande e poderoso leviatã fica restrito, limitado pelo ordenamento jurídico fundamental.

Na constituição brasileira o art. 5º traz vários destes direitos fundamentais limitadores do Estado tais como o princípio da legalidade, onde ninguém está obrigado a agir ou deixar de agir senão em virtude da lei, com especificidade no ordenamento administrativo constitucional que reza que o Estado só pode fazer o que a lei o autoriza a fazê-lo, a proibição de tortura ou

²⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.303.

²⁵³ Ibidem, p. 289

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.168.

²⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.290.

tratamento desumano, a liberdade de manifestação de pensamento e expressão artística, científica e intelectual, a proteção à vida privada e a intimidade, o sigilo de comunicações, o livre exercício de atividade profissional, trabalho, ofício, associação e dentro do tema proposto a liberdade de crença e de exercício de culto. Desta forma, o Estado tem que respeitar o indivíduo como tal e não interferir nos assuntos privados ao cidadão.

Por todo ordenamento constitucional o direito fundamental banha a república com limitações estatais, as normas processuais são limitativas à maneira que o Estado conduz um processo, sempre com base no fundamental direito de ampla defesa do cidadão. Prescrição e decadência também são institutos limitativos uma vez que o estado perde sua pretensão punitiva por sua inércia no transcurso temporal. O respeito ao direito de propriedade física e intelectual, aos contratos privados, entre tantos outros que conduzem o Estado moderno a uma administração funcional e não mais intervencionista e dominante do povo. Esta é uma grande filosofia do constitucionalismo fundamental que, dentro de um desenvolvimento histórico, já avançou em pontos e aguarda avanços em outros.

Neste ponto, o Estado recebe, pelo direito fundamental, uma obrigação jurídica de prestação²⁵⁶, uma responsabilidade de agir a favor da sociedade. O Estado aqui tem o poder dever de agir a favor do cidadão buscando a efetivação dos direitos fundamentais. São direitos prestacionais buscando a materialização das proposições constitucionais, é um comportamento ativo do Estado²⁵⁷.

Entre os direitos de prestação há de ressaltar o de prestações jurídicas, prestações materiais e os de direitos fundamentais de participação, conforme classificação de Gonet Branco²⁵⁸.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.184.

²⁵⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.292.

²⁵⁸ Ibidem, p. 292-299

Os direitos à prestação de natureza jurídica ora serão concretizados pela normatização pelo Estado do direito fundamental reconhecido, seja em sede constitucional ou infraconstitucional visando à operacionalidade e efetividade dos direitos fundamentais. Estão diretamente ligados à organização e procedimentos necessários para a concretização daquilo que ficou filosoficamente consagrado como direito fundamental.

Os direitos a prestações materiais resultam da concepção social do Estado, em que este busca diminuir as desigualdades sociais por meio da materialização dos direitos fundamentais no maior número possível de cidadãos, busca-se a utilidade concreta. O art. 6º da CR/88 traz um rol exemplificativo destes direitos: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância.

De forma geral, as prestações materiais estão vinculadas à distribuição de riqueza, à situação econômica do cidadão, portanto estão diretamente ligadas à situação financeira nacional tanto na esfera pública quanto privada quanto ao momento histórico vivido, conduzindo assim ao conceito de “reserva do possível”, ou seja, são concretizadas por medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais existentes.

Tais direitos estão vinculados em sua operacionalidade às políticas públicas e legislativas que promoverão tais concretizações, pois, uma vez existente a legalidade devida, cabe ao executivo sua concretização seja na forma direta ou fomentadora, e ao judiciário intervir diante da inércia, abuso ou desobediência aos direitos fundamentais, o que tem promovido na realidade nacional um enorme crescimento na judicialização de assuntos ligados a direitos fundamentais.

E neste tema, Amaral Junior traz que a plena realização dos direitos humanos depende da atuação combinada das três esferas de poder, e o STF, como ápice do Poder Judiciário, não pode deixar de atuar na busca da

efetivação dos direitos humanos, sobretudo quando outras instâncias já incorreram em omissão²⁵⁹.

Já os direitos fundamentais de participação visam garantir que o cidadão tenha acesso à formação de vontade na construção do país, são os direitos políticos concedidos aos cidadãos outorgando a cada um o direito de participar da vida pública nacional. Esses direitos, diante da doutrina atual possuem características mistas de direitos de defesa e direitos de prestação²⁶⁰.

4.6 - O titular do Direito Fundamental

É explícito que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais²⁶¹, todavia há uma dúvida se as pessoas jurídicas também são titulares destes direitos.

Esta questão já está bem definida diante do entendimento doutrinário e jurisprudencial concedendo à pessoa jurídica, naquilo que lhe for aplicável segundo sua natureza, o exercício dos direitos fundamentais. A exemplo, o princípio da igualdade, do direito de resposta, direito de propriedade, de sigilo de correspondência, inviolabilidade de domicílio, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, direito de reparação quanto ao dano a honra e imagem, o que já é matéria sumulada no STJ²⁶². Há ainda direitos conferidos diretamente as pessoas jurídicas tais como o direito de associação (art. 5º, XVIII e XIX)²⁶³.

²⁵⁹ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Lílíana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 45.

²⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.299.

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.211.

²⁶² STJ. Súmula nº 227. De 08/09/1999. - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em:<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0227.htm>

²⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.305.

É incontroverso que os direitos fundamentais tiveram como seu objeto original o limite do poder estatal, portanto tendo neste a personificação do sujeito passivo. Todavia, com o transcorrer histórico em todos os seus paradigmas - liberal, social, de direito democrático – as circunstâncias sociais mudaram, criando novas estruturas de poder, tais como grupos econômicos, políticos, associações, entre outros, com potenciais de opressão tanto quanto o Estado originariamente.

Essa nova estrutura social compeliu ao mundo do direito se adequar quanto aos sujeitos passivos na exigência de direitos fundamentais, sendo cabível assentar-se neste polo os particulares.

Nas palavras de Gonet Branco, citando Jean Rivero: “Escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados – diz o autor francês – seria apenas mudar de servidão²⁶⁴”.

Neste entendimento nasce o conceito de horizontalização dos direitos fundamentais.

4.7. A horizontalização dos Direitos Fundamentais

Tendo os direitos fundamentais valor norteador do Estado Constitucional de Direito, estes deixam de conduzir apenas a relação do Estado com o cidadão e passam também a regular a relação cidadão com cidadão, protegendo a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea²⁶⁵.

Segundo Renato Maia, pela teoria da eficácia direta ou imediata, na qual normas de direito fundamental independem de legislação infraconstitucional, consolidada no art. 5º, § 1º da CR/88, os direitos fundamentais devem ser

²⁶⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.309.

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p.255.

obedecidos também nas relações privadas, o que se denomina eficácia horizontal de direitos fundamentais²⁶⁶.

Gonet Branco diz que a percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a ideia de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação também no setor do direito privado²⁶⁷.

Amaral Junior por sua vez declara que o STF apontou, em várias ocasiões, que os direitos humanos também se aplicam às relações privadas, ressaltando que os direitos humanos se aplicam tanto nas relações verticais entre Estado e indivíduo quanto nas relações horizontais entre indivíduos²⁶⁸.

Com a horizontalização surge a constitucionalização dos demais ramos do direito, o civilismo do século passado é agora transformado num constitucionalismo entranhado por todo ordenamento o que se denomina de “publicização do direito privado ou privatização do direito público”.

Como visto acima, sendo os direitos fundamentais valores básicos da ordem jurídica, tem-se uma feição objetiva destes, em que todos os entes e pessoas, públicas ou privadas, físicas ou jurídicas, estão submetidas à obediência e respeito aos direitos fundamentais²⁶⁹.

Alguns direitos fundamentais são explicitamente entendidos como obrigações de particulares, tais como os do art. 7º da CR/88, que determina o cumprimento dos princípios trabalhistas com toda sua especificação e detalhamento.

Em outros textos também é explícito a obrigação estatal, uma vez que, seria infundado exigir tais prestações do particular, como exemplo o art. 5º

²⁶⁶ MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Ed. Especial. Pouso Alegre: FDSM. 2008. p.108.

²⁶⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.309.

²⁶⁸ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.43.

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.p.383.

LXXIV – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita ao que comprovarem insuficiência de recursos” -, ou o inciso LXXV, “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença²⁷⁰”.

Todavia há direitos fundamentais que ficam na dúvida, em até que nível o particular está obrigado a cumpri-lo?

Renato Maia diz que a horizontalização dos direitos fundamentais provocará inevitavelmente a colisão de interesses fundamentais, tais como autonomia da vontade em face da dignidade da pessoa humana, como exemplo, o que será avaliado caso a caso pelo judiciário mediante a ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da harmonização²⁷¹.

Gonet Branco disserta sobre duas teorias que justificam a argumentação sobre tal conflito de exigência de aplicabilidade de direitos fundamentais, a teoria da eficácia direta ou imediata de aplicação dos direitos fundamentais, na qual as entidades privadas que possuem considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito e por outro lado a teoria da eficácia indireta ou mediata, que recusa a incidência direta na esfera privada, uma vez que, se isso ocorresse, concederia enorme ingerência pública na vida privada a pretexto de fiscalizar o cumprimento dos deveres de direitos fundamentais sobre as relações particulares²⁷².

Pela primeira teoria, da eficácia imediata, com fundamento no art. 5º, § 1º, direitos fundamentais devem ser diretamente aplicáveis nas relações entre particulares. Desta forma, toda e qualquer cláusula negocial que implicasse agressão aos direitos fundamentais seria nula. Como exemplo, a obrigação de casar ou não casar, de professar ou deixar de professar certa religião, segundo

²⁷⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.311.

²⁷¹ MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Ed. Especial. Pouso Alegre: FDSM. 2008. p.109.

²⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.313-314.

a vontade de outrem, situações estas que terão que se submeter imediatamente aos direitos fundamentais²⁷³.

A teoria mediata, por sua vez, alega que a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares deverá ocorrer por meio de pontos de irrupção no ordenamento civil, propiciados pelas cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, etc.) insertas nas normas de direito privado, ou pela interpretação das demais regras desse ramo do ordenamento jurídico. Dessa forma, o Estado tem a incumbência de proteger os direitos fundamentais em toda aplicação do ordenamento jurídico inclusive na relação privada dos cidadãos, conforme ensina Gonet Branco²⁷⁴.

Maia, citando Sarmento, diz que depois de acurada análise na jurisprudência do STF e demais tribunais pátrios que a justiça brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados²⁷⁵. Assim sendo, as normas fundamentais que protegem a pessoa, especialmente as do art. 1º ao 6º da CR/88 deverão irradiar de forma imediata por todo o ordenamento.

Neste novo paradigma a CR/88 traz como seu fundamento maior a pessoa humana como sujeito de direito legitimador de todo o ordenamento jurídico. A pessoa é o valor maior da República. A dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca e inafastável é irrenunciável e inalienável sendo um dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito. É uma cláusula geral, um princípio máximo ou superprincípio²⁷⁶.

Todavia há uma crise neste “supra-princípio” da dignidade da pessoa humana. Todas as partes conseguem enxergá-lo dentro de suas pretensões. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: a dignidade funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade²⁷⁷. Temas

²⁷³ Ibidem, p. 314

²⁷⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.315.

²⁷⁵ MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Ed. Especial. Pouso Alegre: FDSM. 2008. p.112.

²⁷⁶ Ibidem, p. 115

²⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público.

como interrupção de gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, engenharia genética, inseminação artificial, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminação de drogas, abate de aviões sequestrados, pena de morte, prisão perpétua, greve de fome, que de forma direta ou indireta esbarra-se com a religião e seu direito fundamental de liberdade religiosa em todas as suas frentes.

Para trazer uma maior objetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, Barroso traz os seguintes conceitos: Primeiramente tal princípio, na sua concepção contemporânea, teve sua origem na religião, com fundamento na Bíblia²⁷⁸, o homem criado à imagem e semelhança de Deus e objeto de todo amor e respeito recíproco como ensinado por Jesus Cristo – *amarás o teu próximo como a ti mesmo* -. Maria Celina Bodin concorda com essa origem e diz que:

Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural. Atribui-se a Boécio, em texto que data do séc. VI, o registro que propiciou, através da matriz teológica, a transmissão da cultura greco-latina aos filósofos medievais. Foi o propósito do mistério da Trindade que Boécio ofereceu a definição de pessoa, que viria a ser adotada posteriormente por São Tomás: “substância individual de natureza racional”²⁷⁹.

Desta concepção religiosa, atravessando o Iluminismo já com centro filosófico e racional, o século XX como objetivo político, o pós-guerra conduziu o conceito da dignidade da pessoa humana para a dimensão jurídica seja pela cultura pós-positivista que reaproximou o direito à filosofia, seja pela inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais e

Mimeografado, dezembro de 2010. Ver em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>. p.2.

²⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Ver em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>. p. 4.

²⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8.

documentos internacionais. Dessa forma convertida em conceito jurídico busca-se o entendimento objetivo e operacional do conceito²⁸⁰.

A natureza jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana tem origem na filosofia, desta forma é axiológica, banhada de valor, ligada à ideia de justo e bom, sendo assim a justificação ética dos direitos humanos e fundamentais. Todavia, à partir do momento que integra o ordenamento constitucional, transita do filosófico para o jurídico, deixando de ser um valor moral fundamental e ganha *status de princípio jurídico*²⁸¹.

Para entender o princípio, Barroso traz modalidades de eficácia dos princípios dividindo-o em três categorias: direta, interpretativa e negativa. Na eficácia direta se extrai o núcleo, o comando concreto do princípio. Como exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, deste extraiu-se a proibição de tortura, trabalho escravo, penas cruéis, entre outros. Pela eficácia interpretativa o princípio norteará o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. Na eficácia negativa, produz uma paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio constitucional. Pode-se exemplificar pela proibição de prisão por dívida, mesmo na condição de depositário infiel, no direito a liberdade provisória proibida na Lei de Entorpecentes, a limitação da liberdade de expressão quando o STF considerou ilegítima a manifestação de ódio racial e religioso²⁸².

Entendendo que a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, porém não se confundindo com os demais, pois será o parâmetro da ponderação em caso de concorrência entre estes, mesmo não tendo um caráter absoluto como princípio fundamental²⁸³.

Fundamentado nos pensamento de Kant, Barroso traz um sentido de dignidade humana vinculada a autonomia, em que a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima convertida e lei universal (princípio

²⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Ver em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>. p. 4.

²⁸¹ Ibidem, p. 10

²⁸² Ibidem, p. 14

²⁸³ Ibidem, p.14

fundamental) onde todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor abstrato, ao qual se dá o nome de dignidade²⁸⁴.

Maria Celina Bodin diz que quatro postulados criam a base da dignidade, que são: 1 – o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos demais sujeitos iguais a ele; 2 – de que todos os demais sujeitos são merecedores de igual respeito à integridade psicofísica; 3 – dotado de vontade livre, autodeterminação; 4 – faz parte da sociedade, com a garantia de não ser marginalizado²⁸⁵.

Barroso diz que para a correta aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como fonte de ponderação decisiva dos casos difíceis serão necessários três ambientes: laicidade, neutralidade política e valores universalizáveis, para alcançar dentro do princípio um conteúdo humanista, transnacional e transcultural, com três conteúdos essenciais: **valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana**²⁸⁶.

O **valor intrínseco** é o elemento ontológico da dignidade, está ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos, é o que distingue o homem dos demais seres vivos e das coisas, um valor que não tem preço, que independe da condição singular de cada um. É o valor do homem pelo homem. É do valor intrínseco que se extrai o direito à vida, à igualdade, à integridade física, moral e psíquica²⁸⁷.

Corroborando o pensamento, Maria Celina Bodin diz que os seres humanos se distinguem por possuírem dignidade. A raiz etimológica da palavra

²⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>.p.18.

²⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.17.

²⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. p. 20.

²⁸⁷ Ibidem, p. 21-23

vem do latim: *dignus* e significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”²⁸⁸.

A **autonomia da vontade** é o elemento ético da dignidade, está ligada à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. É o direito de decidir conforme sua personalidade o queira, é autodeterminação. É a liberdade de decidir sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia entre tantos assuntos que estão vinculados diretamente com a intimidade de cada cidadão. A autonomia da vontade se divide em autonomia privada e pública, na privada o cidadão tem a liberdade de decidir sem interferências ilegítimas, na pública o cidadão tem o direito de participar no processo democrático, de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões²⁸⁹.

O **valor social** refere-se aos direitos sociais, ao mínimo existencial, às necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica, é o direito às prestações e utilidades elementares, como por exemplo: o direito à educação, saúde, acesso à justiça, entre outros.

Barroso também traz a análise do princípio da dignidade da pessoa humana por meio do **valor comunitário**, também denominado heteronomia. O pensamento está ligado aos valores compartilhados pela comunidade. É um contraponto ao direito individual, é uma valoração do valor coletivo. Objetiva promover a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes, a proteção de direitos de terceiros, a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade. Aqui nasce a defesa do ambiente ecologicamente saudável²⁹⁰.

A utilização destes três conteúdos mínimos da dignidade – valor intrínseco, autonomia e valor comunitário - não eliminam de maneira absoluta a subjetividade do interprete, todavia dará uma sustentação argumentativa para a busca da melhor solução.

²⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.7.

²⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>.p.24-25.

²⁹⁰ Ibidem, p. 27-29.

Segundo Amaral Junior, a adoção da tese de que os Direitos Humanos derivam da Dignidade da Pessoa Humana permite que esta se torne o vetor da análise da jurisprudência do STF onde a norma mais benéfica deve ser sempre aplicada e que os direitos humanos devem ser efetivados em todas as suas dimensões²⁹¹.

4.8. A liberdade religiosa como Direito Fundamental

Oriundas das Cartas Revolucionárias como direito positivado no mundo ocidental a Liberdade Religiosa se consagra como um corolário da liberdade de consciência, ou seja, a possibilidade do indivíduo tutelar juridicamente qualquer opção religiosa, até mesmo a incredulidade, provém do princípio da soberania de consciência, fulcrado nos conceitos de Weingartner na “gestão de valores do espírito” remetido à autodeterminação de cada pessoa humana²⁹².

Trata-se de direito complexo de vertentes subjetivas e objetivas, individuais e coletivas, de dimensões negativas e positivas vinculando-se aos entes públicos e privados, com manifestações de crença e culto, de ordem institucional e procedimental. Como se trata de direito fundamental, deve ser interpretado com prisma na liberdade e não com o prisma teológico de verdade²⁹³.

Na concepção subjetiva deste direito, configura-se direito individual da pessoa humana protegidos na ordem constitucional, apontando para o Estado e para os demais indivíduos civis um direito objetivo de proporcionar o exercício efetivo de liberdade religiosa.

Em sentido amplo, o direito fundamental de liberdade religiosa revela-se na liberdade de consciência, de religião e de culto, na liberdade de aprender e ensinar, na liberdade de manifestação.

²⁹¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.43.

²⁹² WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.80.

²⁹³ Ibidem, p. 61

Em análise sistemática pelo ordenamento constitucional pátrio vê-se a presença da liberdade religiosa de forma direta e indireta em vários pontos. Já no preâmbulo, com seu viés não impositivo, mas tão somente hermenêutico sob os valores consolidados no preâmbulo, segundo entendimento do STF²⁹⁴, encontra-se a expressão “sob a proteção de Deus”.

No artigo quinto, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos a liberdade religiosa, aparece explicitamente em seu inciso 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 – e também no inciso VII onde reza - que trata do direito de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva – e no inciso VIII que trata da não privação de direitos por motivo de crença religiosa – objeção de consciência²⁹⁵.

No art. 19, que trata da Organização do Estado, vê-se o texto constitucional vedar aos entes federativos o estabelecimento, subvenção ou embaraço de funcionamento, bem como, manter relação de dependência ou aliança com os representantes religiosos de cultos ou igrejas, ressalvada a colaboração de interesse público²⁹⁶.

²⁹⁴ STF - ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008. “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.”

²⁹⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Art. 5º, VI a VIII.

²⁹⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Art. 19.

No capítulo das forças armadas, no artigo 143 reza que: O serviço militar é obrigatório, cabendo às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, depois de alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar e também que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir²⁹⁷.

Na letra “b” do inciso VI do capítulo 150, que trata do sistema tributário nacional o ordenamento constitucional veda a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto²⁹⁸. É a chamada imunidade tributária.

No título que trata da ordem social, no que se refere à educação, há previsão do ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental, podendo os recursos públicos ser dirigidos a escolas confessionais²⁹⁹.

Por fim no art. 226, no capítulo da família há expressa disposição de que o casamento religioso tem efeito civil³⁰⁰.

Desta forma é solidificado o direito à liberdade religiosa como direito fundamental no ordenamento jurídico nacional em suas diversas frentes de entendimento aplicável, sendo que todas elas, de forma geral e abstrata fundamentam-se em diversos outros pilares de direito fundamental, premissas que coadunam com o direito de liberdade religiosa. A dignidade da pessoa humana, uma vez que respeita a convicção interior, a fé de cada um, é pertinente somente ao homem, o direito de intimidade, como fator mais pessoal e próprio do homem, o direito de liberdade de consciência como acima exposto, o direito de solidariedade, haja vista que esta induz ao respeito e apoio ao outro, ao princípio de igualdade pois o Estado Laico, não confessional é tolerante, via de consequência, é inclusivo, acolhe todos sob o pálio da liberdade de crer ou não crer em que quiser e assim permanecer em paz com o

²⁹⁷ Ibidem, Art. 143.

²⁹⁸ Ibidem, Art. 150.

²⁹⁹ Ibidem, Art. 201, §1º e 213, II.

³⁰⁰ Ibidem, Art. 226, §2º.

público e o privado como verdadeiros cidadãos republicanos, independente da fé religiosa de cada um.

Ainda neste entendimento laico de liberdade religiosa Weingartner traz um rol de direitos ramificados desta norma fundamental tais como³⁰¹: No paradigma de liberdade religiosa como direito subjetivo, especificamente como direito subjetivo individual há a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião; como liberdade de crença, de escolher livremente, mudar ou abandonar a própria crença, ou seja, o homem tem o poder pessoal de viver de acordo com suas convicções pessoais de cada momento de sua vida, é livre para escolher no que quer acreditar.

Também há a liberdade de atuação, o poder de agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada; liberdade de professar a própria crença, de procurar para sua fé novos crentes, de exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento religioso. Inclusive o direito de produzir obras científicas, literárias e artísticas sobre religião; liberdade de informar e se informar, de aprender e ensinar sobre religião; liberdade de culto, de praticar ou não as liturgias religiosas sejam estas particulares ou públicas, com ênfase neste ponto na inviolabilidade dos templos e da participação religiosa; o direito de aderir à igreja ou confissão religiosa que escolher, participar na vida interna e nos ritos religiosos celebrados em comum e receber a assistência religiosa que pedir; a liberdade de celebrar casamento e ser sepultado com os ritos da própria religião, de comemorar publicamente as festividades religiosas de seu credo, de reunir-se, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções.

É o direito à privacidade religiosa, no qual ninguém pode ser questionado por qualquer autoridade acerca das suas convicções religiosas, salvo para coleta de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder; é o direito de escolher para os filhos os nomes próprios da onomástica em matéria religiosa.

³⁰¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.72/77.

Também há o direito de objeção de consciência pelo credo religioso com atribuição de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. Direito à assistência religiosa em situações especiais – membro das forças armadas ou segurança pública, internamento em hospitais, asilos, colégios, estabelecimento de saúde, de assistência, de educação e similares e estabelecimento prisional – e direito a ensino religioso em escola pública de ensino fundamental.

Ainda no âmbito dos direitos individuais há o direito à dispensa de trabalho e de aulas/provas por motivo religioso, quando houver coincidência com os dias de descanso semanal, das festividades e nos períodos e horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam³⁰².

Pelo conteúdo negativo da liberdade religiosa tem-se que ninguém pode ser obrigado a professar um credo, a praticar ou assistir atos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda neste tema. Também há a proibição de ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de entidade religiosa sem prejuízo das respectivas normas sobre filiação e exclusão dos membros; vedação de obrigação de prestar juramento religioso.

Quanto aos ministros de culto, há um tratamento diferenciado que envolve ampla liberdade de exercício ministerial, direito à seguridade social, isenção de serviço militar obrigatório, escusa de intervenção como jurado ou testemunha.

Agora, com o paradigma coletivo, como direito subjetivo das igrejas cita-se os seguintes direitos: o direito geral de autodeterminação divide-se em autocompreensão e autodefinição quanto à identidade religiosa e ao caráter próprio da confissão professada, e aos fins específicos da atividade de cada sujeito titular do direito de um lado e de outro à auto-organização e auto-administração, possuindo autonomia sobre sua formação, composição, competência e funcionamento de seus órgãos, representação, funções e poderes dos seus representantes, ministros, entre outros; direitos e deveres

³⁰² WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.73.

religiosos dos crentes; adesão ou participação na fundação de federações ou associações interconfessionais, com sede no país ou no estrangeiro³⁰³.

Ainda no foco coletivo, no que se concerne ao exercício de culto, a liberdade religiosa autoriza, sem a interferência do Estado ou de terceiros, exercer os atos de culto, privado ou público, sem prejuízo das exigências de polícia de trânsito; estabelecer lugares de culto ou de reunião, inclusive construir e abrir edifícios religiosos e adquirir e usar os bens convenientes; ensinar na forma e pelas pessoas autorizadas por si a doutrina da confissão professada; assistir religiosamente os próprios crentes; divulgar o credo; relacionar-se e comunicar-se com as organizações similares ou de outras confissões, no território nacional ou no estrangeiro; designar e formar os seus ministros; fundar seminários ou quaisquer outros estabelecimentos de formação ou cultura religiosa.

O direito à liberdade religiosa coletiva autoriza o autofinanciamento das religiões, podendo estar pedir e receber contribuições voluntárias, financeiras e de outros tipos de particulares e instituições.

Há ainda o direito de exercer as atividades não religiosas de caráter instrumental, consequencial ou complementar de suas funções, tais como criar escolas particulares ou cooperativas, instituir associações e fundações educativas, culturais, caritativas e sociais; praticar beneficência dos crentes ou de quaisquer pessoas; promover as próprias expressões ou a educação e a cultura em geral; utilizar meios de comunicação social próprios para a prossecução de suas atividades³⁰⁴.

De outra face, sob o vetor objetivo do direito à liberdade religiosa pode-se caracterizá-lo em três tópicos: princípios; deveres de proteção; e garantias institucionais.

Entre os princípios, o primeiro deles é o da separação, pelo qual as religiões estão separadas do Estado, portanto são livres na sua organização e no exercício de suas funções.

³⁰³ WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.74.

³⁰⁴ Ibidem, p. 75

Em segundo, vem o princípio da não-confessionalidade em que o Estado não possui religião, proibição de estabelecimento de religião oficial estatal, nem se pronuncia ou interfere em questões religiosas e também não pode construir programas de educação ou cultura seguindo uma religião.

O terceiro princípio é o da cooperação. Este visa o interesse público, em que há a possibilidade de cooperação entre Estado e entidade religiosa para alcançar um interesse público, como exemplo, a assistência religiosa nas entidades civis e militares; a não obrigatoriedade de ministros religiosos prestarem serviço militar; a vedação de instituição de impostos sobre templos; a faculdade de ensino religioso nas escolas fundamentais públicas; a celebração de acordos na promoção de serviços públicos tais como creches, orfanatos, casas de recuperação de drogaditos e ou adultos de rua, asilos; auxiliar os pais no exercício do poder familiar para a promoção da educação dos filhos dentro do credo; assegurar a manifestação pública de exercício dos cultos; criar condições para a organização e procedimento, no âmbito laboral e educacional, para o mais amplo exercício do direito de dispensa ao trabalho e de aulas / provas por motivo religioso; e o reconhecimento e validade civil, sob condições reguladas, do casamento religioso celebrado³⁰⁵.

Há ainda o princípio da solidariedade, em que o Estado acaba fomentando o desempenho de todas as religiões, determinando constitucionalmente, atividades educacionais religiosas, assistência religiosa, limitação do poder de tributar.

Por fim, tem-se o princípio da tolerância pelo qual o Estado e os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, têm o dever de não perseguir e não discriminar os titulares dos direitos subjetivos à liberdade religiosa.

Analisado os princípios, a segunda característica vetor objetivo do direito de liberdade religiosa é o dever de proteção. Neste ponto o Estado tem três focos principais diante do mundo religioso que deve ser protegido. Primeiramente em proteger o indivíduo que é a defesa da liberdade religiosa de cada um, em seguida a proteção da sociedade civil contra os abusos e por fim

³⁰⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.76.

criando condições para que as confissões religiosas desempenhem suas missões³⁰⁶.

A terceira e última característica do vetor objetivo é a garantia institucional que visa proteger a liberdade a autodeterminação da personalidade por meio da liberdade religiosa individual, a proteção coletiva que a autodeterminação confessional, religiões como instituições além de garantir o princípio da igualdade e da diversidade e o pluralismo religioso³⁰⁷.

5. PROBLEMÁTICAS DA PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA, REFLETINDO A LAICIZAÇÃO EM COLISÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE RELIGIOSA

5.1 – Da colisão de Direitos Fundamentais

Diante da aplicação imediata dos direitos fundamentais incluindo sua exigibilidade horizontal conforme analisado acima, são inevitáveis as ocorrências de colisões entre direitos fundamentais, e também entre estes e demais dispositivos e valores de ordem constitucional, especificamente no caso em tela, do direito fundamental à liberdade religiosa e demais direitos.

Diante dessas colisões, indaga-se: como decidir quando dois direitos fundamentais colidem numa mesma situação fática e jurídica?

Para criar uma teoria suficientemente robusta, capaz de enfrentar tão árduo tema, a doutrina criou a teoria da argumentação jurídica que cria entre outras, uma classificação das normas jurídicas em dois grandes grupos, normas princípios e normas regras. Mesmo que muito criticado na academia,

³⁰⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.76.

³⁰⁷ Ibidem, p.77

Robert Alexy é um dos precursores desta teoria na prática jurídica pátria, conforme se analisará.

Robert Alexy, em teoria procedimentalista, traz para o meio jurídico a doutrina da diferença entre princípio e regra, proporcionalidade, ponderação, razoabilidade, colisão de princípios, princípios implícitos, reserva do possível, proibição do retrocesso, entre outras que têm sido amplamente acatadas pelos aplicadores do direito, como já dito, com grande protesto e crítica do meio acadêmico.

Há uma observação a ser feita, a doutrina do autor foi distorcida no Brasil, uma vez que a mesma tem como fundamento principal a Teoria da Argumentação, o que é pouco observado na aplicação prática dos profissionais do direito nacional.

Alexy traz a distinção do conceito de norma jurídica como gênero dividindo-a entre princípios e regras como espécies. O primeiro critério de distinção é o grau de generalidade da norma. O princípio jurídico é genérico, aberto enquanto que a regra é mais específica, estrita, fechada³⁰⁸.

Outro critério é a questão da norma ser fundamento de outra norma. A norma que é fundamento de outras normas são princípios, enquanto que as regras são fundamentadas em outra norma³⁰⁹.

Como esses critérios não são suficientes, Alexy considera princípios como mandados de otimização, ou seja, princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes³¹⁰.

Princípios são fins, podendo ser cumpridos parcialmente de acordo com o caso concreto e com a colisão existente. Já as regras não podem ser parcialmente cumpridas, ou são ou não são, é um tudo ou nada. Ou a regra é obedecida ou ela é desobedecida. Ela é dura e inflexível.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo. 2006. Madrid.p.51,121/123.

³⁰⁹ Ibidem, p.121.

³¹⁰ Ibidem, p. 122

Segundo Gonet Branco, as Normas Regras são normas que exigem, proíbem ou permitem algo, não é possível aplicá-la com graduação. Havendo conflito entre regras uma delas será excluída. Duas regras opostas não conseguem conviver mutuamente. Por sua vez, Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, busca a satisfação do direito na maior medida possível, daí nomeá-los de mandados de otimização, por isso há a possibilidade de aplicação em graus³¹¹.

Nos casos difíceis – *hard cases* – em que há conflitos de regras estes serão decididos de acordo com as premissas da exegese que em Alexy ganham uma nomenclatura diferente, mas na prática pouco se distanciam da Escola da Exegese, em que lei posterior derroga lei anterior, lei especial derroga lei geral, etc., também traz formas de argumentação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica.

Já nas colisões entre princípios, a resolução fica mais difícil e é neste ponto que a teoria ganha sua verdadeira dimensão.

Como é uma teoria argumentativa, também vai adicionar neste campo princípios morais não positivados, que por meio da complementação dos discursos jurídicos pelos discursos práticos gerais, garantem a correção moral do direito como um critério de justiça material³¹².

Após o Estado Social, as normas fundamentais passam a desempenhar função de ordenamento material, axiológico, carregado de conteúdos morais e aplicáveis em todas as relações jurídicas³¹³.

A colisão será definida por ponderações, onde poderá atribuir valores entre os princípios colidentes para resolver naquele caso concreto qual princípio deve ser observado e qual deve ser afastado. Para tanto há todo um procedimento argumentativo que justifique a decisão final e esta é a questão principal da presente teoria.

³¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 318.

³¹² ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.155.

³¹³ Ibidem, p.108.

Alexy fundamenta um caminho procedimentalista racional e argumentativo em Habermas e Perelman³¹⁴, em que procura superar a teoria Kelsiniana. O autor passa a distinguir decisão jurídica e argumentação. Na decisão jurídica podem ser usados todos os recursos teóricos da interpretação e da metodologia analítica do direito. Por outro lado, na argumentação, serão usados todos os valores e princípios substanciais de razão prática para a justificação das escolhas operadas na decisão³¹⁵. Alexy quer justiça material, razão prática na teoria de Kant.

A teoria do “quadro de respostas corretas” de Kelsen, não é tão simples como o mesmo descreveu. A linguagem é uma ciência imprecisa, nem sempre as palavras têm o mesmo significado, bem como há possibilidades de lacunas no ordenamento, conflitos entre normas e por fim decisões contrárias à lei³¹⁶. Assim uma lógica simples de subsunção das possíveis respostas corretas existentes dentro do “quadro” não é suficiente para trazer justiça material.

A nova teoria busca trocar a subsunção aplicada por Kelsen pela argumentação prática geral. O positivismo sempre se fundamentou nos métodos tradicionais de interpretação – gramatical, histórico, sistemático e teleológico³¹⁷-, porém são insuficientes para se alcançar a resposta correta. Motivo pelo qual o autor busca uma teoria argumentativa que aperfeiçoe o já alcançado.

Para tanto, traz um paralelo entre o discurso científico e o discurso moral, sendo ambas as operações racionais que se diferem quanto às regras e formas de argumentação. A argumentação é o procedimento e por isso é doutrina procedimentalista, que, como Habermas, busca o ambiente ideal ou as

³¹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 3.

³¹⁵ Ibidem, p. 07

³¹⁶ Ibidem, p. 12

³¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direito do homem. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010. p.101-127.

condições ideais para propor argumentos capazes de trazer consenso intersubjetivo entre os debatentes³¹⁸.

Com o pensamento de Habermas e Perelman, Alexy realiza uma combinação entre regras procedimentais de discurso e formas estruturais de argumentação, resultando de forma geral na busca pelo consenso, que será construído pelos argumentos dos participantes, sob pretensões universais de validade submetidas à crítica e à tolerância, em que as formas de argumentação iniciam-se livres do historicismo e do contexto³¹⁹.

A teoria busca uma decisão com validade, racionalidade e correção, construída em um procedimento de argumentação jurídica, sendo válida a decisão que seguir as regras do procedimento discursivo³²⁰.

O objetivo será sempre a busca do melhor argumento, podendo este ser de justificação interna ou externa. Justificação interna é a que segue premissas jurídicas supostamente válidas e justificação externa a que não se contentando com a validade da premissa jurídica, buscará em valores externos ao direito, especialmente princípios morais que justifiquem principalmente regras de direito positivo, fatos empíricos e outras premissas que não são direito positivado nem fatos empíricos³²¹.

Para Gonet Branco, nos conflitos entre direitos fundamentais principiológicos sobre um caso concreto, a solução buscará uma conciliação entre os princípios, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a perspectiva de relevância no caso concreto, sem que algum dos princípios seja excluído³²².

Alexy propõe vinte e oito regras de discurso, entre elas traz uma sofisticação aos tradicionais métodos de interpretação positivista integrando-os

³¹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 18.

³¹⁹ Ibidem, p. 19.

³²⁰ Ibidem, p. 19.

³²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 21.

³²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito constitucional. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.318.

a seis formas de argumentação, nomeando-os em argumentação: semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Todavia como as mesmas são insuficientes para garantir a racionalidade da decisão, serão submetidos a três regras de argumentação: saturação, função e organização hierárquica das formas de argumentação³²³.

As formas de argumentação são explicadas da seguinte forma: Semântica – referente à língua escrita, às técnicas da língua portuguesa, dicionário, morfologia, sintaxe. Genética é a busca pela vontade do legislador, a origem da norma. Histórica é o entendimento dos motivos históricos da lei. Comparativa é aquele ordenamento comparado a outros ordenamentos jurídicos. Sistemática é a análise do ordenamento como sistema, ou seja, argumenta-se de acordo com todo o ordenamento e não somente isoladamente. Teleológica é a descoberta da finalidade da lei, o objetivo pelo qual a legislação existe³²⁴.

Por outro lado a regra argumentativa de saturação significa a exigência de plenitude na afirmação de Razões³²⁵. Visa saturar todas as possibilidades de justificação para, assim garantir a racionalidade da argumentação. Podem ser razões de ordem empírica, verdade sobre fatos, verdades sobre a vontade do legislador, verdades sobre as consequências da decisão³²⁶.

Além da saturação, a segunda regra argumentativa é a análise da função da regra interpretativa, uma vez que para cada forma de argumentação corresponde a uma função argumentativa diferente. A argumentação semântica tem a função de adequação com o texto escrito, a genética com a intenção do legislador, a histórica com as experiências do passado, a comparativa com as experiências de outras sociedades, a sistemática com a não contradição entre

³²³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 23.

³²⁴ Ibidem, p. 23-27

³²⁵ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchipson Schild Silva 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 240.

³²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 27.

normas, com a harmonia do ordenamento, e por fim, a teleológica com a função de justificações da argumentação prática geral³²⁷.

A última regra de argumentação é a organização hierárquica das formas de argumentação. Ponto bastante obscuro dentro da teoria, como se determinar qual argumento é superior? Segundo professor Rafael Simioni, Alexy coloca como única prevalência dos argumentos baseados na interpretação semântica e genética sobre a argumentação teleológica³²⁸.

Todas essas regras são procedimentais, não fiando conteúdo, mas tão somente orientação pelo qual o debate pode chegar a resultados racionais, todavia não garante uma única resposta correta do direito. Somente afirmam uma racionalidade da decisão. Toda teoria semântica formal parte do princípio referencialista, inclusive Perelman, ou seja, é como se cada termo tivesse uma significação comum e verdadeira. Isso foi questionado pelas teorias que defendem a discursividade como ato que atribui sentidos pelos enunciados em cada determinação tomados separadamente em cada enunciação ou acontecimento.

Para Rafael Simioni, Alexy irá usar os argumentos da dogmática jurídica – doutrina - e dos precedentes jurisprudenciais como forma de argumentação. Ambos são argumentos fortes, todavia incompletos, devendo ser complementados pela argumentação prática geral, a argumentação moral³²⁹.

Para Alexy “as formas de argumentação prática geral são a base da argumentação jurídica”, ao mesmo tempo em que a argumentação jurídica operacionaliza a argumentação prática geral³³⁰. Em uma integração entre os dois discursos chega-se a um argumento mais consistente, uma vez que, os discursos jurídicos conferem a certeza da forma ao argumento prático,

³²⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchipson Schild Silva 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 229.

³²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 29.

³²⁹ Ibidem, p. 29-31

³³⁰ Ibidem, p. 35

enquanto que este confere certeza do conteúdo da decisão ao discurso jurídico³³¹.

Desta forma, o autor não garante uma única resposta correta, mas sim a possibilidade de se chegar a uma decisão racional bem fundamentada juridicamente com o desejo de justiça material para o caso concreto. A validade se verifica na obediência às regras e formas da argumentação, sendo, portanto teoria procedimentalista.

5.2 – Experiências das colisões na prática jurídica contemporânea

Os tópicos que se seguem demonstram alguns fatos em que se encontra a colisão jurídica entre liberdade religiosa e outros direitos constitucionais e civis. Alguns já possuem posicionamento dos Tribunais Superiores outros ainda não, conforme se verificará.

5.2.1 – Do uso de símbolos religiosos em prédios públicos

É inegável que em diversos prédios públicos há a permanência de símbolos religiosos, citando por todos, como exemplo, o crucifixo na parede da sala de reuniões sobre a mesa da presidência do Supremo Tribunal Federal.

E, ainda que haja outros símbolos de diversas religiões fixados em prédios públicos, na sua maioria, são demonstrações da religiosidade católica.

A Constituição da República de 1988 consolidou a postura de Estado Laico em seu art. 19 quando determina:

³³¹ Ibidem, p. 36

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

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

Como dissertado no item 3.3 deste trabalho de pesquisa, o Estado Laico buscado pelo constituinte originário constitucionalizou a neutralidade estatal em matéria de religião, firmou a postura do Estado Laico Absoluto, ou seja, sem nenhum tratamento privilegiado ou de embaraço para qualquer religião.

Nesse entendimento, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública em face da União com o propósito de retirar dos locais de ampla visibilidade, e de atendimento ao público, os símbolos de qualquer religião, tudo sob o amparo do princípio da laicidade estatal, da liberdade de crença e da isonomia³³², e também a ONG Brasil para Todos formulou ao Conselho Nacional de Justiça um requerimento, solicitando as mesmas providências³³³.

Em suma, o ministério público alegou que o art. 5º, VII traz a base do Estado Laico no qual todos os cidadãos devem ser respeitados em sua crença com igualdade de tratamento e isonomia, que a o art. XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante o mesmo tratamento igualitário, como também o art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica.

A peça exordial cita os arts. 2º a 4º da Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções³³⁴, que assim declaram:

Artigo. 2º

³³² Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. Verificar em <http://web.trf3.jus.br/atasdistribuicao/Ata/ListarDados/1933>

³³³ SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica. PRPE. PDF. Maio de 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf> .

³³⁴ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religiao-ou-nas-conviccoes.html>>

§1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.

§2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Artigo 3º

A discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos e enunciados detalhadamente nos Pactos internacionais de direitos humanos, e como um obstáculo para as relações amistosas e pacíficas entre as nações.

Artigo 4º

§1. Todos os Estados adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação por motivos de religião ou convicções, no reconhecimento, do exercício e do gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural.

§2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por tomar as medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria.

Argumenta a peça exordial que o Estado Laico tem o dever de proteger todas as religiões, sem se partidarizar por nenhuma. Quando o Estado, na prestação de seus serviços públicos, dentro de seus prédios, também públicos, privilegia uma religião em detrimento das demais, por meio da ostentação de símbolos, imagens e sinais religiosos, pratica discriminação religiosa perante as preteridas³³⁵.

Não há de se falar em tradições e costumes na ostentação desses símbolos religiosos visto que a laicidade do Estado foi alçada à condição de princípio constitucional, já na Constituição de 1891, desde a edição do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, o Brasil é um Estado laico, rompendo com o

³³⁵Disponível em:< http://www.prsp.mpf.mp.br/institucional/atuacao/4/cidadania/Retirada%20de%20simbolos%20religiosos%20de%20locais%20de%20ampla%20visao%20em%20reparticoes%20publicas%20-%2000017604-70.2009.4.03.6100.pdf/at_download/file.

antigo Estado Confessional no período do Brasil-Colônia (1500 a 1824) e no Brasil-Império (1824 a 1891).

Assim, a manutenção de símbolos religiosos configura desrespeito ao princípio da laicidade do Estado.

Neste raciocínio, Daniel Sarmento diz que a laicidade impõe ao Estado uma postura de neutralidade diante das diversas religiões existentes na sociedade, ficando proibido tomar partido em questões de fé. Não pode favorecer nem atrapalhar, pois está vinculado às premissas da liberdade de religião e igualdade como valores constitucionais.

Numa sociedade pluralista como a brasileira, de variadas crenças e afiliações religiosas, a laicidade é um instrumento para possibilitar o tratamento igualitário de todos. No pluralismo religioso, o endosso pelo Estado de qualquer posicionamento religioso implica, necessariamente, em desigualdade, em injustificado tratamento desfavorecido em relação àqueles que não abraçam o credo privilegiado³³⁶.

No campo do direito comparado Daniel Sarmento traz uma série de julgados demonstrando como outros países ocidentais têm enfrentado matérias envolvendo religião e Estado.

Em alguns exemplos norte americano citando aqui o caso *Engel v. Vitale*, ocorrido em 1962, a Corte ressaltou que *“quando o poder, prestígio ou apoio financeiro do Estado é posto a serviço de uma particular crença religiosa, é clara a pressão coercitiva indireta sobre as minorias religiosas para que se conformem a religião prevalecente oficialmente aprovada”*³³⁷.

No mesmo diapasão à Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que qualquer comportamento do Estado que favoreça alguma religião *“envia uma mensagem aos não-aderentes de que eles são “outsiders”, e não plenos membros da comunidade política, acompanhada de outra mensagem aos*

³³⁶ SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf> .

³³⁷ 370 U.S., 421 (1962). Apud. SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf> .

*aderentes, de que eles são “insiders”, membros favorecidos da comunidade política”*³³⁸.

Por sua vez o Tribunal Constitucional Alemão julgou pela inconstitucionalidade da fixação de crucifixos em salas de aula do ensino público fundamental. No primeiro destes julgados a Corte alemã afirmou:

“O art. 4, I, da Lei Fundamental, deixa a critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão por ele rejeitados. Em verdade, não tem ele direito, em uma sociedade que dá espaço a diferentes convicções religiosas, a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe são estranhos. Deve-se diferenciar disso, porém, uma situação criada pelo Estado, na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à influência de uma determinada crença, aos atos nos quais esta se manifesta, e aos símbolos por meio dos quais ela se apresenta... O Estado, no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele se mantém neutro em matéria religiosa”³³⁹.

Sarmiento ainda traz o caso americano paradigmático *County of Allegheny v. A.C.L.U2*, decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1989, que considerou inconstitucional, por violação da *anti-establishment clause*, a colocação de um presépio natalino na escadaria de um tribunal. Neste julgamento, o Tribunal norte-americano salientou que o presépio continha uma mensagem religiosa, o que é incompatível com a 1ª Emenda, que “proíbe o Estado de transmitir ou tentar transmitir uma mensagem de que uma religião ou uma crença religiosa em particular seja favorecida ou preferida”³⁴⁰.

³³⁸ Lynch v. Donnelly, 465, U.S., 668 (1984). Apud. SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.

³³⁹ BVerfGE 93, 1 (1991). Há tradução dos trechos principais do acórdão para o português em Jürgen Schwabe. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Leonardo Martins et al. Berlim: Konrad Adenauer Stiftung E. V., 2005, p. 366-376. Apud. SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.

³⁴⁰ 492 U.S. 573 (1989). As partes mais importantes do julgamento foram reproduzidas em Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó & Susanne Baer. Comparative Constitutionalism: Cases and Materials. St. Paul: West Group, 2003, p. 987-992. Apud. SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.

Desta forma, no entendimento de Sarmento, segundo os paradigmas de direito comparado o uso de símbolos religiosos em prédios públicos é ato que não condiz com a neutralidade do Estado Laico, o que se alinha com o entendimento da moderna doutrina Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, e de J. J. Gomes Canotilho e de Vital Moreira, em Portugal³⁴¹.

No caso da Ação Civil Pública, proposta pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo conforme acima mencionado, a sentença foi favorável à permanência dos símbolos religiosos em prédios públicos pelos seguintes fundamentos.

Em primeiro lugar o judiciário questiona, qual é esse modelo de laicidade adotado pela Constituição brasileira, pois há muitas formas de interação entre o Estado e o fenômeno religioso, devendo ser rejeitado um purismo conceitual de laicidade que a isole da diversidade de arranjos jurídico-institucionais concebidos pelos diferentes ordenamentos nacionais, podendo ser esta relação mais aberta ou fechada à aproximação entre poder público e religião³⁴².

Discorre sobre a diferença do desenvolvimento brasileiro e europeu em matéria constitucional dizendo que em comparação entre os textos constitucionais de 1891, 1934, 1946 e 1988, verifica que a evolução brasileira distanciou-se dos moldes europeus, como França e Espanha, que caminham num avançado processo de secularização.

Afirma que o caso pátrio, o texto constitucional tem características de tolerância cultural e religiosa devido aos fatores sociais que determinaram a compleição ideológica da CR/88. Citando Manoel Ferreira Filho, o magistrado alega existir uma neutralidade benevolente no ordenamento constitucional. E dessa forma o constitucionalismo brasileiro tem um traço peculiar, favorecendo o fenômeno religioso, diferentemente do que ocorre na Europa.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE%20DanielSarmento2.pdf>>.

³⁴² SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelaGemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846>

Assim, segundo a sentença, é inexato dizer que a Constituição adota um regime de separação entre Estado e o fenômeno religioso, na medida em que a mensagem ideológica extraída do seu texto é a de que se trata de um valor que merece o apreço do Poder Público e, em alguns casos, um dever de promoção³⁴³.

E continua a sentença, em divergência constitucional o melhor é harmonizá-la com outros valores constitucionais que aparentemente estejam a contrariá-la. E cita o preâmbulo constitucional para justificar o valor religioso dentro do ordenamento maior.

Em seguida, citando André Ramos Tavares, argumenta que para uma compreensão sistêmica da Constituição, em que nenhum direito fundamental é absoluto, possuindo caráter principiológico o texto do artigo 19, inciso I, portanto sendo norma aberta a interpretações, necessita ser lido com coerência às demais normas constitucionais que também vão incidir na compreensão do fenômeno Estado e religião.

No caso brasileiro, o chamado patrimônio cultural é formado, dentre outros, pelos bens (inclusive imateriais) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, pelo que o Estado deve garantir também o acesso às fontes de cultura nacional. A ideia de identidade é chave de compreensão. Na nossa formação nacional há uma identidade de cultura própria envolvendo a religião e o Estado. Assim, o Direito não se pode furtar a uma leitura cultural de suas normas³⁴⁴.

Citando o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a sentença enfatiza a marcante contribuição do catolicismo na formação espiritual e cultural do povo brasileiro, admitindo a convivência do Estado com símbolos que expressam valores de sua história cultural e bens de significado para grande parcela da população, destacando que a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com

³⁴³ SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelagemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846.> p.4.

³⁴⁴ SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. Disponível em:<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelagemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846> p.5.

denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão de efeitos civis ao casamento religioso³⁴⁵.

E assim entende que o reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade com um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. E citando Peter Haberle, diz:

"o Estado constitucional democrático vive também do consenso sobre o irracional, e não somente do discurso ou do consenso ou dissenso em relação ao racional." Adverte o Professor alemão que não se pode subestimar essas fontes de consenso emocionais, acrescentando que somente "o enfoque culturalista pode iluminar a possibilidade e limites dos dias festivos do Estado constitucional, já que o positivismo jurídico não sabe muito bem que fazer com eles"³⁴⁶.

Argumenta ainda que os símbolos reacendem na memória coletiva as suas raízes culturais históricas que lhe conferem identidade - e não há como negar, sob esse aspecto, por exemplo, a marcante contribuição do catolicismo para a formação espiritual, moral e cultural do povo brasileiro. Esses símbolos dizem frequentemente mais sobre o espírito de um povo do que algumas normas jurídicas.

A liberdade religiosa consiste na liberdade para professar fé em Deus. Por isso, não cabe arguir a liberdade religiosa para impedir a demonstração da fé de outrem ou em certos lugares, ainda que públicos. A laicidade do Estado brasileiro, como visto, não se traduz em oposição ao fenômeno religioso. Daí a possibilidade de convivência do Estado laico com símbolos religiosos - crucifixos, imagens, monumentos, nomes de logradouros ou de cidades. - ainda que em locais públicos, pois refletem a história e a identidade nacional ou regional³⁴⁷.

³⁴⁵ SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. Disponível em:<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelagemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846>. p.6.

³⁴⁶ SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelagemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846. p.7.

³⁴⁷ SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelagemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846. p.8.

Também declara a sentença que a existência de símbolos religiosos em prédios públicos não viola ao princípio da laicidade, nem privilegia o catolicismo em detrimento das demais religiões, mas apenas como expressão cultural de um país de formação católica, que também deve ser protegida e respeitada. E analisando os símbolos especificamente nos prédios públicos do judiciário, cita Ives Gandra da Silva Martins e Paulo Brossard, que dizem que o significado do crucifixo: lembrança do julgamento mais injusto da história, como fonte inspiradora aos Magistrados na busca da Justiça mediante o devido processo legal³⁴⁸.

Cita a decisão do Conselho Nacional de Justiça nos Pedidos de Providência nºs 1344, 1345, 1346 e 1362 (fls. 180/203) que trata do mesmo tema, juntando parte do voto do Conselheiro Oscar Argollo, ao indeferir os pedidos de retirada dos símbolos, afastando a violação ao artigo 19, inciso I, da Constituição da República e prestigiando o aspecto cultural:

"A cultura e tradição - fundamentos de nossa evolução social - inseridas numa sociedade oferecem aos cidadãos em geral a exposição permanente de símbolos representativos, com os quais convivemos pacificamente, v.g.: o crucifixo, o escudo, a estátua, etc.. São interesses, ou melhor, comportamentos individuais inseridos, pela cultura, no direito coletivo, mas somente porque a esse conjunto pertence, e porque tais interesses podem ser tratados coletivamente, mas não para serem entendidos como violadores de outros interesses ou direitos individuais, privados e de cunho religioso, que a tradição da sociedade respeita e não contesta, porque não se sente agredida ou violada.

Entendo, com todas as vênias, que manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado - ou o Poder Judiciário - clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF, art. 19, I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade.

Por outro lado, não há, data vênia, no ordenamento jurídico pátrio qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de órgão do Poder Judiciário, sendo da tradição brasileira a ostentação eventual, sem que, com isso, se observe repúdio da sociedade, que consagra um costume ou comportamento como aceitável. (...) omissis

³⁴⁸ SENTENÇA. Processo: 0017604-70.2009.4.03.6100. http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=219517&id_site=846. p.8.

E assim conclui sua sentença indeferindo o pedido do MP.

Contrapondo o posicionamento acima, Daniel Sarmiento, alega que falar que o crucifixo não é um símbolo religioso, mas tão somente cultural, é argumento alienígena. Pois, talvez, seja o símbolo religioso mais conhecido no mundo. Qualquer terráqueo associará o crucifixo com o cristianismo. Nas palavras da sentença proferida sobre o tema na Corte Alemã:

“A cruz representa, como desde sempre, um símbolo religioso específico do Cristianismo. Ela é exatamente seu símbolo por excelência... Para os fiéis cristãos, a cruz é, por isso, de modos diversos, objeto de reverência e de devoção. A decoração de uma construção ou de uma sala com uma cruz é entendida até hoje como alta confissão do proprietário para com a fé cristã. Para os não cristãos ou ateus, a cruz se torna, justamente em razão do seu significado, que o Cristianismo lhe deu e que teve durante a História, a expressão simbólica de determinadas convicções religiosas e o símbolo de sua propagação missionária. Seria uma profanação da cruz, contrária ao auto-entendimento do Cristianismo e das igrejas cristãs, se se quisesse nela enxergar, como as decisões impugnadas, somente uma expressão da tradição ocidental ou como símbolo de culto sem específica referência religiosa.”³⁴⁹

Quanto à alegação de que o crucifixo é apenas um enfeite, um mero adorno, utilizado para embelezar o ambiente. Tal argumento não condiz com a realidade, uma vez que o mesmo demonstra o poder simbólico da religião, carregado de valores espirituais do sagrado, pois nele está consubstanciado uma crença, e dessa forma fica o Estado como porta-voz desta religião³⁵⁰.

Além do que a posição de um crucifixo acima da presidência de um tribunal tem uma demonstração simbólica de poder acima do poder estatal constituído, diferentemente de um adorno decorativo, o que contradiz com a neutralidade do Estado Laico.

³⁴⁹ BVerfGE 91, 1 (1995). Apud. SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.

³⁵⁰ SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.p.10.

Outro argumento a favor da permanência dos símbolos católicos é que o protesto a estes seria um ato de intolerância das demais crenças em relação ao catolicismo. Tal argumento é tomado de evidente equívoco, uma vez que os não católicos devem tolerar a expressão da religiosidade destes e vice-versa. Todavia, no caso em tela, não se trate de intolerância quanto à manifestação de fé do indivíduo portador de direitos fundamentais, mas sim a postura de neutralidade do Estado que se profere Laico.

O Estado Laico não tem o poder nem o dever de apoiar publicamente qualquer religião, ele é neutro, apoiando os jurisdicionados religiosos dentro de uma perspectiva estatal, mas nunca religiosa, nunca se manifestando contra ou a favor, mesmo de forma direta ou indireta. Aqui se encontra o centro da separação entre o cidadão possuidor de direitos e o cargo público que ocupa e suas funções institucionais de direito.

O direito dos cidadãos serventuários públicos não se confundem com os prédios públicos. Aqueles possuem liberdade de crença como todos os demais cidadãos, porém os prédios públicos não lhes pertencem, mas sim ao Estado brasileiro, este é o sentido de *res-publica*³⁵¹.

O próximo argumento diz que por ser o Brasil o maior país católico do mundo, conforme noticiado pelo jornal O Globo³⁵², por força dessa maioria, democraticamente haveria o direito de se manter os símbolos católicos em prédios públicos. Tal argumento é carecedor de fundamentação jurídica constitucional em vários aspectos. Primeiramente, mesmo ainda sendo um país de maioria católica, recentes pesquisas demonstram uma transformação expressiva na religiosidade do brasileiro. A pesquisa apresentada pela Fundação Getúlio Vargas³⁵³ demonstra uma curva vertiginosa na queda do catolicismo e com o aumento do protestantismo e outras religiões.

Todavia ainda que seja e continue sendo, tal argumento é totalmente contrário a melhor doutrina da teoria da democracia, do constitucionalismo e da

³⁵¹ Ibidem, p.11.

³⁵² Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/07/brasil-ainda-e-o-maior-pais-catolico-do-mundo-mesmo-com-reducao-de-fieis.html>>

³⁵³ NERI, Marcelo Côrtes. Novo Mapa Das Religiões. Fundação Getúlio Vargas. CPS. Rio de Janeiro. 2011. p.39. Disponível em: <http://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf>

república, uma vez que estes pilares se fundamentam no direito, e direito se lastra em princípios de ordem fundamental, em que a laicidade é um pilar, devendo ser protegido diante de maiorias e minorias, é um valor constitucional por si, não dependendo de ser majoritário ou não³⁵⁴.

O próximo argumento, é o que no caso em pauta, foi o “coração” da justificação da citada sentença. O argumento de que os símbolos religiosos fazem parte da tradição histórica e cultural da formação da atual sociedade.

Em linha com os argumentos de Daniel Sarmiento, é equivocada a crença de que o papel do Direito seja o de avalizar e legitimar acriticamente as tradições existentes numa sociedade, por mais excludentes que elas sejam. Mesmo que o direito seja forjado em meio à cultura e a história não é correto conceber prescritivamente a ordem jurídica como uma mera instância de afirmação das práticas sociais hegemônicas, pois dessa forma o direito jamais alcançaria sua função de defender a minoria, a parte frágil da relação.

Os princípios constitucionais que orientam a administração pública – Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência – são normas principiológicas que atuam desde seu nascedouro como instrumentos de combate às diversas práticas públicas, históricas, reiteradamente utilizadas nos órgãos, funções e prédios públicos, principalmente na confusão entre o público e o privado.

A determinação de realizações de serviço público sem o seu devido instrumento legal, o nepotismo, o “cabide de emprego” em cargos de confiança, a facilitação de contratos com particulares próximos aos administradores, a negociação e os “concursos internos” obscurecidos de conhecimento à sociedade, o desperdício por falta de planejamento e competência técnica, tudo isso são exemplos da história cultural política pública de nossa nação. Todavia a ordem constitucional não pactua com isso, ela vem corrigir, trazer efetividade aos valores fundamentais consolidados no ordenamento constitucional.

³⁵⁴ SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.p.12/13.

No caso em tela, vê-se uma interpretação diferente, principalmente na hermenêutica constitucional aplicada, em que a cultura religiosa falou mais alto do que os ditames do direito laico, uma vez que chancela e perpetua todas as concepções e tradições prevalecentes, endossando invariavelmente o status quo cultural, ao invés de proporcionar à tarefa de refletir criticamente sobre elas, a partir de uma perspectiva que se baseia no reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas³⁵⁵.

Por derradeiro, vem o argumento de que a retirada dos símbolos católicos dos prédios públicos pelo princípio constitucional da laicidade estatal tem força “*ad terrorem*”, uma vez que nesta linha de raciocínio, há de se excluir radicalmente todo envolvimento histórico religioso estatal, tal como rechaçar a constitucionalidade da existência de feriados religiosos como o Natal ou a Páscoa, ou ainda negar a legitimidade da ação do Estado quando, por exemplo, gasta recursos públicos na conservação do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro, ou de igrejas barrocas, em Ouro Preto³⁵⁶.

Tal argumento é apelativo e também carecedor de uma justificativa de direito. A laicidade é norma principiológica, portanto é mandado de otimização, devendo ser cumprido em adequação às demais normas principiológicas por meio da ponderação, sempre analisando o sistema como um todo e aplicando à dignidade da pessoa humana como peso final da balança.

O patrimônio histórico e cultural bem como os feriados tradicionalmente integrados à sociedade fazem parte da história de forma inquestionada. Todavia ambos estão banhados de auto determinação, ou seja, cada cidadão tem o direito de querer ou não cultuar ou apreciar o patrimônio histórico. De outra face, quanto aos prédios públicos, não há outra opção, a auto-determinação garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é extraída do cidadão que não comunga com aquela fé, mas tem que se submeter seja como servidor público lotado naquele prédio público, seja como cidadão necessitado daquele serviço público ali prestado.

³⁵⁵ SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE%20DanielSarmiento2.pdf>>.p.14.

³⁵⁶ Ibidem, p.15

De outra face, diante do atual entendimento, principalmente do CNJ, que já se posicionou a favor da manutenção e até mesmo novas fixações de crucifixos em novos prédios do judiciário, considerando a liberdade religiosa pátria, não abre assim a oportunidade de todas as demais religiões se representarem simbolicamente nos prédios públicos? Como exemplo, se o Juiz Diretor de um Tribunal local, por suas convicções afro-religiosas, desejar ali fixar uma imagem de deuses do candomblé, ou se for um budista querendo fixar ali a imagem do seu Buda, não geraria isto um grande constrangimento para os não adeptos daquelas crenças, em ter que trabalhar e conviver naquele ambiente?

O Estado Republicano Democrático e de Direito, deve buscar acima de tudo a paz social, a harmonia entre seus cidadãos, e de forma alguma criar motivos e ambientes com potenciais causas de crise.

Dessa forma, seja por estes ou outros argumentos, um Estado Laico Neutro não deveria se posicionar de forma alguma com relação à religião, principalmente o Poder Judiciário, uma vez ser a função pública incumbida de acolher e proteger todo aquele que sofre lesão ou ameaça de lesão em seus direitos individuais e coletivos. Se nesta casa o cidadão, principalmente o de menos esclarecimento, se sentir constrangido, preterido ou desmerecido, o Estado de Direito preliminarmente já contrariou seu motivo de ser.

5.2.2 - Da antecipação do parto de feto anencefálico

Outro tema que envolveu colisões entre a religião e o direito foi a antecipação de parto de feto anencéfalo deliberado e votado pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 do Distrito Federal, com acórdão publicado no D.J. de 30/04/2013³⁵⁷, processo em que a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS – na pessoa do seu advogado, hoje ministro do STF, Luís Roberto Barroso, buscou a

³⁵⁷ PUBLICAÇÃO DJE 30/04/2013 - ATA Nº 58/2013. DJE nº 80, divulgado em 29/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>

descaracterização do crime de aborto pela prática de interrupção terapêutica em fetos comprovadamente sem cérebro, alegando como fundamento de ordem constitucional a dignidade da pessoa humana - art. 1º, IV-, o princípio da legalidade – tomando de maneira ampla, como cabível, a alcançar a liberdade e a autonomia da vontade – art. 6º, caput -, e o direito à saúde³⁵⁸ - art. 196 -, todos da CR/88.

A dignidade da pessoa humana é analisada aos olhos da genitora, pois seria uma agressão a este direito a obrigatoriedade de gestar e dar à luz um ser que não têm expectativa de vida quase nenhuma. O princípio da legalidade vem no sentido de basilar a autonomia da vontade quando cabe à mulher decidir sobre seu próprio corpo. E a saúde, pelo argumento do risco trazido pela gestação.

A peça exordial tem como principais argumentos de mérito que: a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico não tipifica o crime de aborto; o feto anencefálico não pode ser considerado um nascituro uma vez que não tem sobrevida extra-uterina; não há cura científica para a anencefalia; pela literatura médica o feto anencefálico tem apenas resíduo do tronco encefálico oriunda de uma má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, dessa forma, há uma ausência de cérebro o que redundará numa inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

Nessas condições a hipótese de sobrevida é de no máximo algumas horas após o parto, com raríssimos relatos de casos em que fetos anencefálicos sobreviveram alguns dias fora do útero materno; cerca de 65% dos fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino; o intento jurídico visa à proteção da genitora pois a interrupção da gestação nessas condições pode reduzir os riscos à sua saúde e os danos emocionais causados por esse sofrimento, uma vez que para o feto não há solução.

³⁵⁸ STF – ADPF 54. D.J. CONFERIR: 31/05/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>> p.41

O Código penal de 1940 não tinha condições de prever tal situação como excludentes da ilicitude e punibilidade no crime de aborto, uma vez não haver tecnologia necessária para diagnosticar essas anomalias fetais. Nas palavras de Barroso, a ação visa corrigir um anacronismo da legislação penal, valorizando os direitos fundamentais, em detrimento de um positivismo exacerbado.

A criminalização do aborto tem a finalidade de proteger a vida do feto que não tem como se defender, todavia, se este, comprovadamente, não tem vida, o que o direito está protegendo? Sem a viabilidade extra-uterina, não há que se falar em crime de aborto.

Tal incumbência à mulher é o mesmo que submetê-la a tortura, pois impõe à mulher situação de intenso sofrimento físico e mental, causado intencionalmente e que pode ser evitado, mediante a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo que nunca poderá se tornar um ser vivo. Ser obrigada a gestar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, que não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia, frustração, importa violação da sua dignidade humana.

Fere a autonomia da vontade da mulher a sua proibição de antecipar terapeuticamente o parto de feto anencefálico, haja vista a inexistência de norma legal proibitiva. Importa em indevida e injustificável restrição ao direito de saúde da mulher impedir a antecipação terapêutica do parto, visto que a saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças³⁵⁹.

O Ministro Marco Aurélio de Melo concedeu medida liminar na APDF em 01/07/2004, quando proferiu a seguinte decisão monocrática:

"Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desconfortos em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional

³⁵⁹ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10488/o-direito-fundamental-do-feto-anencefalico#ixzz2ehUo2GOz>>. Luís Carlos Martins Alves Jr. Foi o advogado da CNBB na APDF 54.

da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto³⁶⁰.

Em sessão do plenário visando votar a liminar monocrática concedida, em posição contrária ao peticionado e concedido liminarmente, trazendo aqui tão somente os argumentos de ordem constitucional vinculados direta ou indiretamente ao tema de Liberdade Religiosa, temos em primeiro lugar o direito a vida em ordem do ordenamento superior e que é especificada e já protegida na pessoa do feto como determinado pelo art. 2^a do Código Civil que “põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”, argumentado naqueles autos pelo então Ministro Eros Grau³⁶¹.

Negando a liminar que concedeu o direito à interrupção da gravidez como requerido, o Ministro Cezar Peluso, discordando dos argumentos da peça exordial, alega que: “Todos os homens estão condenados à morte, a questão é tão somente o tempo que cada um tem de vida”. O fato do feto anencéfalo ter uma brevidade de vida não faz dele menos ser humano do que sua genitora. Portanto, quanto à dignidade da pessoa humana, temos sustentação para ambos – mãe e filho -.

Em seguida, o argumento do sofrimento gerado na mãe por possuir uma criança imperfeita dentro de si não é situação que degrade a dignidade humana; o sofrimento é elemento inerente à vida humana. O Direito protege o sofrimento gerado pela injustiça, provindo da prática de um ato antijurídico, todavia não tem a pretensão de erradicar da experiência humana as fontes do sofrimento³⁶².

No que concerne ao princípio da legalidade como cláusula geral de liberdade, essa fica limitada pelo ordenamento de direito que protege valores jurídicos e sociais por meio da penalização de certas práticas. A analogia do

³⁶⁰ STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> PDF.>p.15

³⁶¹ STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: 31/05/2007. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>> p.48

³⁶² STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: 31/05/2007. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>> p.95

feto anencefálico ao paciente em morte cerebral que tem a autorização legal para retirada de órgãos também não é cabível, uma vez que nesta prática, o objetivo é a salvação de outras pessoas por meio da doação de órgãos, todavia no caso em tela, não há salvação de vida, apenas legalização de morte.

Quanto ao direito à saúde, toda gravidez é sinônimo de risco, mas isso não é capaz de conceder ao direito o poder de proibir a multiplicação da vida³⁶³.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB - requereu seu ingresso no feito na qualidade de "*amicus curiae*"³⁶⁴ e argumentou que a matéria em discussão é da mais alta relevância, haja vista discutir-se o direito fundamental do feto anencefálico de nascer.

Inicialmente, alega que o Relator, de forma monocrática, liminar e precária, legislou positivamente inaugurando uma nova hipótese de exclusão de ilicitude do aborto, o que não é possível no Estado de Direito.

Para a CNBB, o feto anencefálico, conquanto seja inviável sua vida extra-uterina, é ser vivo e merecedor de proteção jurídica. E entre o reconhecido mal-estar da gestante e a idoneidade do feto, a CNBB opta pela defesa deste e apresenta as seguintes indagações aos Ministros do STF.

1. O feto anencefálico é ser humano ou é uma "coisa"?
2. Dizem que é um "ser não-vivo". O que é esse ser não-vivo?
3. É ser dotado de uma essencial dignidade e merecedor de uma especial proteção ou é um sub-humano, uma coisa em forma humana?
4. O feto anencefálico é uma patologia ou é a anencefalia que é uma patologia?
5. O doente se confunde com a doença? O anômalo com a anomalia?
6. Acabaremos com as doenças dizimando os doentes?
7. A humanidade de um ser está apenas em sua racionalidade? Somente os seres racionais são humanos?
8. A proteção ao nascituro, desde a concepção, é letra morta do nosso Código Civil?

³⁶³ STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: 31/05/2007.< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>> p.96

³⁶⁴ Conferir em: <[#ixzz2ehUo2 GOz](http://jus.com.br/artigos/10488/o-direito-fundamental-do-feto-anencefalico)>. Luís Carlos Martins Alves Jr. Foi o advogado da CNBB na APDF 54.

9. Só o nascituro com viabilidade extra-uterina é merecedor de proteção jurídica?
10. Somente seres humanos viáveis são destinatários de proteção?
11. A dignidade da vida do feto anencefálico é inferior ao bem-estar da mulher gestante?
12. Uma gravidez pode ser comparada a uma tortura ou a um tratamento degradante porque o feto não atende às expectativas dos pais?
13. Fica a dignidade de uma gestante aviltada por carregar em seu ventre um feto anencefálico?
14. O abortamento ou o eufemismo "antecipação terapêutica do parto" se justificam por uma razão de bem-estar da gestante ou da família?
15. A vida requer adjetivos e outros qualificativos ou ela se basta enquanto si?
16. O que vale mais que a vida humana? O bem estar?
17. A vida só deve ser protegida se útil?
18. Quem são os úteis para viver?
19. O feto anencefálico é um outro, um ser humano vivo, ou não passa de um pedaço de carne que deve ser extirpado do corpo da gestante?
20. A mão humana deve intervir para salvar ou para matar?
21. Os avanços da medicina e da ciência devem atropelar as concepções éticas de uma sociedade?
22. O sacrifício da vida do feto anencefálico restaura a dignidade da gestante?
23. O feto anencefálico não tem o direito de morrer naturalmente?

Nos argumentos da CNBB o ser humano não pode ser coisificado ou desqualificado em hipótese alguma, pouco importando sua forma ou estágio, é pessoa humana. E o feto anencefálico é ser humano, independentemente da situação em que se encontre, portanto merecedor de uma especial atenção e dotado de uma essencial dignidade. Não é a questão da utilidade ou viabilidade que concede valor ao ser humano, seu valor está em si, por ser humano, e principalmente quando não pode se defender e sem terem nada, devem ser especialmente protegidos.

A CNBB também argumentou que "o sofrimento da gestante e da família a todos sensibiliza e não se pode ser indiferente a essa dor e angústia. Mas esse sofrimento não justifica nem autoriza o sacrifício da vida do filho que se

carrega no ventre. Não é uma simples escolha, um simples ato de vontade, não se trata apenas do próprio corpo, mas se cuida de uma outra vida, de vida autônoma, de vida que vale por si, pelo simples fato de existir. Ou o feto anencefálico não existe?". "Não será a antecipação da morte que livrará a mãe ou o feto de seus sofrimentos. O sacrifício da vida fetal, nada obstante a inviabilidade extra-uterina, não se justifica em face dos interesses maternos ou familiares. O sacrifício de uma vida, e o feto anencefálico é ser humano vivo, insistimos, porque essa vida é inviável socialmente não pode ser aceito no atual estágio e grau de desenvolvimento de nossa cultura³⁶⁵".

E continua, "vislumbrar o feto anencefálico como uma "coisa" sub-humana, patologia, ou qualificações similares nos lembra a retórica nazi-fascista ou daqueles que desprezam a pessoa humana. Destila-se contra o feto anencefálico o ódio venenoso que mata qualquer sentimento de civilização que temos. Nós não podemos nos juntar às culturas que matavam àqueles que não atendiam às suas expectativas, sejam quais forem: físicas, estéticas, éticas, religiosas, sexuais, econômicas, raciais etc". E arremata a CNBB: "Em um Estado que se diz e que se quer Democrático e de Direito, os mais frágeis são os primeiros a serem protegidos e não mortos ou terem antecipada terapeuticamente a sua morte³⁶⁶".

A Procuradoria Geral da República - PGR – também se manifestou a favor do direito à vida do feto, do direito de viver e fulcrou-se no art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que enuncia que "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção". Assim tanto no direito interno, quanto internacional, estabelecem que vida há desde a concepção e nascituro é o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato certo. O feto anencefálico, certamente nascerá. Se viverá muito ou pouco tempo, isso é inquestionável para o direito. A compreensão jurídica do direito à vida não legitima a morte. O direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana. E conclui a PGR, após uma

³⁶⁵ Conferir em: <<http://jus.com.br/artigos/10488/o-direito-fundamental-do-feto-anencefalico> #ixzz2ehUo2 GOz>. Luís Carlos Martins Alves Jr. Foi o advogado da CNBB na APDF 54.

³⁶⁶ Conferir em: <<http://jus.com.br/artigos/10488/o-direito-fundamental-do-feto-anencefalico> #ixzz2ehUo2 GOz>. Luís Carlos Martins Alves Jr. Foi o advogado da CNBB na APDF 54.

digressão acerca da dor das gestantes, em cotejo com o princípio da proporcionalidade, o PGR defende que "por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional". O pleito vai na contra-mão da construção da sociedade solidária a que tantos de nós, brasileiras e brasileiros, aspiramos, e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida. E assim, opina o PGR, pugnando pelo descabimento da técnica da interpretação conforme a Constituição e defendendo a primazia jurídica do direito à vida, pelo indeferimento do pleito da CNTS³⁶⁷.

Em audiência pública, realizada pelo STF houve manifestações de vários seguimentos sociais tanto da área médica como religiosa, apoiando e rejeitando o requerido³⁶⁸.

Pela votação em plenário, temos como principais argumentos sobre o tema:

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, argumenta inicialmente a laicidade do Estado de Direito³⁶⁹, pela plena separação entre Estado e Igreja, e a neutralidade do Direito e do Estado em relação a posturas religiosas, com pequeno trecho de seu voto que assim o resume:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão

³⁶⁷ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10488/o-direito-fundamental-do-feto-anencefalico#ixzz2ehUo2GOz>>

³⁶⁸ STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: 31/05/2007 <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> PDF.p.16

³⁶⁹ STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: 31/05/2007 <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> PDF.p.34/43.

oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida³⁷⁰.

Em seguida, o relator disserta sobre o que é feto anencefalia e sucintamente chega ao entendimento que a anencefalia e a morte cerebral são rigorosamente iguais. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração. O feto sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida³⁷¹.

Em seguida, argumenta que os órgãos dos anencéfalos não podem ser usados para transferência de órgãos, não se justificando a gravidez até o seu fim para esta finalidade, bem como o argumento a vida destes, uma vez, não haver vida para se proteger, pois é um natimorto cerebral e há uma relatividade quanto ao direito à vida³⁷².

Continuando, alega sobre o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à privacidade da mulher. Segundo a Organização Mundial da Saúde, saúde não significa ausência de enfermidade, mas sim o estado de completo bem-estar físico, mental e social, em que toda pessoa tem o direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental³⁷³.

A manutenção de uma gravidez de feto anencélafo é contrário ao entendimento do direito à saúde de que a mulher é possuidora. Por várias fontes citadas no processo, conclui-se que este tipo de gravidez traz risco tanto físico quanto psicológico superior a saúde da mulher do que uma gravidez normal com feto saudável. Eleva-se o risco da gestante para proteger a vida de quem não possui nenhuma vida.

Fisicamente o feto pode perecer dentro do útero, fazendo a mulher um caixão vivo, também há a enorme dificuldade de parto, uma vez não se conseguir o encaixe pélvico para o parto, além do que pelo aumento do líquido

³⁷⁰ Ibidem, p.42

³⁷¹ Ibidem, p.44/45

³⁷² STF – ADPF 54. D.J. Disponível em: 31/05/2007 <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> PDF.p.51/60.

³⁷³ Ibidem, p. 60

amniótico, pode causar a hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragias pós-parto e ao prolapso de cordão³⁷⁴. Estas são causas que fazem deste tipo de gravidez mais arriscados do que a gravidez de feto saudável.

Pelo lado psicológico, a antecipação de parto também pode trazer fatores negativos, todavia a sensação de se estar gerando um feto verificado “sem cérebro” causa a essa genitora sensações horríveis como testemunhados no processo por várias pacientes que sofreram esta experiência, em que algumas sempre sonhavam que davam à luz monstros deformados. Além do que o índice de mulheres vítimas de depressão pós-parto é muito maior neste caso, levando várias gestantes pensarem em suicídio³⁷⁵.

Por estes argumentos, o Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, julgou procedente o pedido que descriminaliza a antecipação de parto de feto anencélafo, voto que prevaleceu no julgamento plenário.

Embora tenha ficado claro o embate entre a postura das entidades religiosas com foco na proteção à vida do feto, o julgamento ressaltou a postura laica do Estado, em que se respeita as convicções pessoais de cada indivíduo. A decisão não obriga ninguém a interromper o parto, mas tão somente descriminaliza a conduta de quem, nestas circunstâncias, o pratica. Se a gestante, por convicções pessoais, seja de fé religiosa ou qualquer outra, decide conduzir a gravidez até seu termo natural, terá toda liberdade de fazê-lo.

5.2.3 – Políticas de combate às DSTs e AIDS

Outro caso que trouxe à tona o embrião envolvendo a laicidade estatal e religião foi o ocorrido em 2003 quando a ONGs divulgaram um vídeo

³⁷⁴ Ibidem, p. 51/61

³⁷⁵ Ibidem, p.61/68

publicitário objetivando prevenir a propagação das Doenças Sexualmente Transmissíveis – DST - e a Aids, sob o título: “Pecado é não usar (camisinha)”.

A Arquidiocese do Rio de Janeiro pleiteou judicialmente o caso, e conseguiu uma liminar que proibiu a exibição do vídeo. Em seguida, representou junto ao MP visando o impedimento da divulgação da publicidade naqueles moldes.

As ações tiveram o apoio da CNBB que tiveram como centro de discussão que a utilização de preservativo como único meio de sexo seguro, sem alertar as pessoas para os efeitos e graves riscos de falhas³⁷⁶.

O Ministério da Saúde, representando o Executivo Federal, se manifestou a favor das ONGs e condenando a postura da Igreja Católica quanto à proibição de uso de preservativo como prevenção de doenças sexualmente transmissíveis.

Nesse embate, vê-se claramente a postura religiosa fundamentada na atividade sexual segura dentro do casamento, enquanto que o ordenamento constitucional, sob o fundamento da privacidade e intimidade, se abstém de intervir juridicamente em qualquer tipo de relação conjugal, deixando aos cidadãos decidirem o que fazem com seus próprios corpos. Quanto ao fomento ao uso de preservativos, este visa à saúde pública e por isso tem a intervenção estatal.

5.2.4 – A Questão do ensino religioso nas escolas públicas

Em julho de 2010, a Procuradoria Geral da República – PGR – protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal – STF – a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – que tramita sob o nº 4.439 que objetiva proibição da confessionalidade do ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, a

³⁷⁶ GALDINO, Elza. Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2006. p. 101

proibição de admissão de professores representantes de confissões religiosas, por se entender que ela afronta a laicidade estatal³⁷⁷.

A PGR fundamenta-se nos argumentos de que pela laicidade estatal as escolas públicas não podem servir de catequeses de doutrina religiosa, devendo se manter neutra e formando cidadãos que tomem suas decisões próprias quanto a sua fé e valores³⁷⁸.

Em argumentos contrários, alega-se que o Estado Laico garante a liberdade religiosa e não sua proibição. As aulas são facultativas, portanto cabe ao aluno o direito de decidir ou não assisti-las. Sendo aquela comunidade crente naquela fé, nada obsta que na escola pública que forma seus filhos possa ministrar aulas confessionais.

O segundo argumento aponta que a prática do ensino baseado no agnosticismo como proposto na ADI seria contrário àquilo que o Estado Constitucional determinou quando de sua proteção ao direito de crer. Ensinos contrários à fé também são banhados de fundamentalismo e esse não é o objetivo constitucional, que entende a importância da fé na vida social de seu povo³⁷⁹.

A ADI continua em tramitação no STF sem nenhuma posição de mérito ou voto até o presente. Com a aposentadoria do Ministro Aires Brito, primeiro Relator, o processo foi designado como Relator Substituto o Ministro Roberto Barroso³⁸⁰, que recebeu o processo em 26/06/2013.

5.2.5 - A realização de concursos e atividades públicas em dias sagrados para algumas religiões

³⁷⁷ MORAES, Rafael José Stanziona de. A Igreja Católica e o Estado Laico. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. O Estado laico e a liberdade religiosa. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.72.

³⁷⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>

³⁷⁹ MORAES, Rafael José Stanziona de. A Igreja Católica e o Estado Laico. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. O Estado laico e a liberdade religiosa. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.74.

³⁸⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3926392>>

Em algumas religiões existem dias sagrados, como é o exemplo do sábado para a religião Adventista do Sétimo Dia. Neste caso, quando em tal dia, por motivo da fé, não se pode realizar nenhum tipo de trabalho das 18h da sexta-feira até às 18h do sábado, cria-se uma dúvida diante da administração pública, como exemplo, concursos públicos agendados durante o dia sagrado.

O Estado Administrativo, Constitucional, Republicado e Democrático tem que respeitar a liberdade religiosa neste caso? Como fica então o princípio da Impessoalidade em que ninguém pode ser favorecido ou prejudicado diante do Estado?

Diante dessa colisão, o STF já analisou em 19 de abril de 2011 a tema mudança de data de concurso por crença religiosa, analisada em repercussão geral.

A demanda foi interposta pela União no Recurso Extraordinário (RE) 611874, com manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à repercussão geral. O Plenário da Corte, por votação unânime, considerou que o caso extrapola os interesses subjetivos das partes, uma vez que trata da possibilidade de alteração de data e horário em concurso público para candidato adventista.

Ocorreu que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), deferiu a alteração da data e horário de prova estabelecido no calendário de concurso público, desde que respeitado o cronograma do certame, e sem prejuízo de espécie alguma à atividade administrativa. O TRF1 concedeu a ordem por entender que o deferimento do pedido atendia à finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo. Essa é a decisão questionada pela União perante o Supremo.

Ao obter aprovação na prova objetiva, o impetrante se habilitou para a realização da prova prática de capacidade física que, conforme edital de convocação, deveria ser realizada no dia 22 de setembro de 2007 (sábado).

Desde a divulgação do Edital de Convocação para as provas práticas, o candidato tentou junto à comissão organizadora do concurso - Fundação

Carlos Chagas - obter autorização para realizar a prova prática no domingo (30/09/2007), mas não teve sucesso.

O candidato impetrou mandado de segurança e entendeu que seu direito de liberdade de consciência e crença religiosa, assegurados pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos VI e VIII), “foram sumariamente desconsiderados e, conseqüentemente, sua participação no exame de capacidade física do concurso está ameaçada, fato que culminará com a exclusão do Impetrante do certame e o prejudicará imensamente”.

Segundo ele, o caso tem causado um grande transtorno, uma vez que professa o Cristianismo sendo membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, instituição religiosa que determina guardar o sábado como um dia sagrado.

Por meio do recurso extraordinário, a União sustenta que há repercussão geral da matéria por esta se tratar de interpretação do princípio da igualdade (artigo 5º, caput, da Constituição Federal) em comparação com a norma do mesmo artigo (inciso VIII) que proíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa. Para a autora, as atividades administrativas, desenvolvidas com o objetivo de prover os cargos públicos, não podem estar condicionadas às crenças dos interessados.

O STF entendeu que a questão apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as esferas da Administração Pública, que estão sujeitas a lidar com situações semelhantes ou idênticas.

“Cuida-se, assim, de discussão que tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, visto ser provável que sejam realizadas etapas de concursos públicos em dias considerados sagrados para determinados credos religiosos, o que impediria, em tese, os seus seguidores a efetuar a prova na data estipulada”, afirma Toffoli³⁸¹.

O tema ainda aguarda decisão final do plenário do STF.

³⁸¹ Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177596>>

De outra face temos outro caso análogo publicado em 04/05/2012 no site na AGU³⁸² quando a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte contestou Mandado de Segurança em que o impetrante buscava a concessão de provimento jurisdicional que lhe assegurasse a realização de todas as provas do VII Concurso Público para provimento de Cargos de Juiz Substituto do TRT-21º Região em dia de domingo. Alternativamente, requereu que lhe fosse permitido ficar confinado em sala especial até o pôr do sol do sábado, quando poderia realizar o exame sem burlar os dogmas de sua crença religiosa.

Alegou o impetrante que é membro regular da Igreja Adventista do Sétimo Dia, a qual prega ser o sábado o dia destinado ao descanso, adoração e ministério, motivo pelo qual não poderia se submeter ao exame na data originalmente escolhida no Edital do certame.

A segurança foi liminarmente denegada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

Em sua contestação, a União alegou, preliminarmente, ter havido perda do objeto do writ, e, no mérito, que o tratamento diferenciado pleiteado pelo candidato causa a quebra do princípio da isonomia, basilar constitucional dos concursos públicos em geral, e, na esteira do que restou decidido pelo Desembargador Relator, que o Estado Brasileiro é laico, estando desvinculado de qualquer religião.

A Advocacia da União defendeu, ainda, que a Constituição Federal assegura a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, e não a adequação da máquina administrativa aos preceitos religiosos de qualquer crença que seja.

O *mandamus*, que tramita no Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, segue para julgamento. Ref.: processo nº 8800-90.2012.5.21 - TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO

³⁸²

http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatImagemTexto.aspx?idConteudo=183648&id_site=1180

Desta forma, o tema permanece em aberto diante da jurisprudência pátria.

5.2.6 - Do casamento homoafetivo.

A legalização do casamento homoafetivo no Brasil é outro tema que envolve colisão de direitos envolvendo liberdade religiosa e direitos civis.

Tal embate teve seu início com maior expressão pública em “*terras brasílis*” no campo político legislativo por meio da apresentação do Projeto de Lei 1151 de 1995 que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo, alterando as Leis 8.112/90 e a 6.815/80.

O embate foi estabelecido no Congresso Nacional tendo de um lado legisladores de índole liberal apoiando os interesses dos homossexuais e de outro lado os parlamentares tradicionais contrários à união civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo destes, grande parte de bancada religiosa. Até hoje o Congresso Nacional não chegou a um posicionamento final sobre o tema, o que levou a judicialização da matéria.

Desde o projeto de lei inicial acima exposto, houve uma proliferação de Projetos de Lei e Projetos de Emenda Constitucional envolvendo a presente colisão de direitos. Entre os mais de 30 projetos que tramitam no Legislativo Federal³⁸³ destacam-se:

- ✓ PL-6297/2005 - que acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o

³⁸³ Disponível em:

<http://www.camara.leg.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=homoafeti va&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Rel ator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&pesqAssunto=1&OrgaoOrigem=todos>

companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.

- ✓ PL-6874/2006 - Que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.
- ✓ PL-580/2007 - Que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.
- ✓ PL-2285/2007 - Que dispõe sobre o Estatuto das Famílias Explicação: Revogam-se dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988.
- ✓ PL-3712/2008 – Que altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e dá outras providências.
- ✓ PL-4914/2009 – Que Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Explicação: Aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento.
- ✓ PL-5167/2009 – Que altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Explicação: Estabelece que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar.
- ✓ REQ-1862/2011 – Que requer a transformação de sessão plenária da Câmara dos Deputados em Comissão Geral para debater a decisão proferida do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar e medidas o cumprimento da norma constitucional prevista no inciso XI, do art. 49 da Constituição Federal.

- ✓ PL-1865/2011 – Que regulamenta o artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Explicação: Visa facilitar a conversão da união estável em casamento civil, não admitida nas situações de pessoas que realizaram troca de sexo por métodos cirúrgicos.
- ✓ PL-2153/2011 – Que altera o § 2º do art. 42 da Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.
- ✓ PDC-325/2011 – Que susta os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.
- ✓ PDC-495/2011 – Que convoca plebiscito sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar.
- ✓ PDC-521/2011 – Que convoca plebiscito sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar.
- ✓ PDC-637/2012 – Que susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.
- ✓ PL-5120/2013 – Que altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.
- ✓ PDC-871/2013 – Que susta os efeitos da Resolução nº 175, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que "dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo".

Para entender o mérito do debate, têm-se de um lado os homossexuais buscando igualdade de direitos aos heterossexuais. Buscam o direito de casar juridicamente com todas as consequências advindas desse ato jurídico, tais como regime de comunhão de bens, adoção de filhos, direito de sucessão, alimentos.

De outra face, o grupo contrário ao casamento homossexual, entende ser esta uma postura contrária aos bons costumes, a uma regularização de prática social degenerativa à sociedade. Em que, seja por um fundamento naturalista, preservacionista ou religioso, o grupo entende que a relação homoafetiva é um distúrbio comportamental, o que deve ser tolerado, mas não regularizado ou fomentado.

Destaca-se também que, diferentemente do que se é divulgado nas mídias, não é só a classe religiosa que se posiciona contrariamente ao casamento homoafetivo, segundo pesquisa realizada pelo IBOPE Inteligência, revela que 55% dos brasileiros são contra a união estável para casais do mesmo sexo³⁸⁴.

Embora a presente dissertação seja de direito, todavia pela sua ênfase na liberdade religiosa como direito fundamental, há de fazer-se uma exposição teológica cristã, para que se possa entender o fundamento da não aceitação dos grupos religiosos cristãos ao casamento homossexual.

O assunto homossexualismo não é nenhuma novidade para a humanidade nem para o pensamento religioso. A homossexualidade é um fenômeno muito antigo, havendo evidências da mesma tanto na arte pré-histórica quanto na pictografia e nos hieróglifos de culturas da antiguidade³⁸⁵.

Para os Judeus e Cristãos que têm como base de fé a Bíblia Sagrada em seu Novo e Velho Testamento respectivamente, já no primeiro livro da Bíblia – Genesis – escrito cerca de 1400 a.C, o assunto é mencionado quando

³⁸⁴ Disponível em: [http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Casamento%20 gay%20divide%20brasileiros.aspx](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Casamento%20gay%20divide%20brasileiros.aspx)

³⁸⁵ Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/7146.html> Texto de: *Alderí Souza de Matos*

alguns homens da cidade de Sodoma tentaram ter relações homossexuais com visitantes que se hospedavam na casa de Ló³⁸⁶.

Para a maioria dos religiosos, o comportamento homossexual, via de consequência o casamento homoafetivo, são práticas contrárias ao dogma da fé cristã, judaica, islâmica, entre outras.

Como o Brasil é formado por maioria religiosa cristã, seja no ramo católico ou evangélico, limitaremos o foco neste paradigma.

Para os cristãos, para aqueles que pela fé, creem de todo coração na existência de Deus Pai e de seu Filho Jesus Cristo, Rei dos Cristãos, a constituição deste Reino Espiritual é a Bíblia Sagrada, a única coisa material existente para fundamentar essa fé.

Se as pessoas devem ou não crer nisto, é um assunto da intimidade pessoal de cada cidadão, é a crença, o que o Estado Laico respeita e protege em sua Constituição Republicana Laica.

Os cristãos que têm a Sagrada Escritura como a Constituição do Reino de Deus, sempre viverão de acordo com aquela norma, seja princípio, seja regra. Dentro desta “constituição” espiritual há algumas normas explícitas sobre o assunto em debate, que assim reza:

No Velho Testamento, no Período das Tábuas da Lei, dizem os textos sagrados³⁸⁷:

Nenhum homem deverá ter relações com outro homem; Deus detesta isso. (Tradução Linguagem de Hoje) (Levítico 18:22)

Com homem não te deitarás, como se fosse mulher; é abominação. (Trad. Revista e Atualizada) (Levítico 18:22)

³⁸⁶ BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969. Livro Genesis. Cap.19:1-10.

³⁸⁷ BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969. Livro de Levítico. Cap.18:22.

No livro das leis dadas a Moisés, o assunto homossexualismo ficou explícito e com grande reprovação da parte de Deus. O assunto está contido na Bíblia sob o título – Relações Sexuais Proibidas – e o texto que segue o acima exposto fala sobre relação entre pessoas e animais – bestialismo – para se pensar no contexto em que o assunto é tratado. Já o livro de Deuteronômio³⁸⁸ assim trata o tema:

Não trarás salário de prostituição nem preço de sodomita à Casa do SENHOR, teu Deus, por qualquer voto; porque uma e outra coisa são igualmente abomináveis ao SENHOR, teu Deus. (Deuteronômio 23:18)

Sodomita segundo o dicionário é o que pratica a sodomia, que por sua vez é traduzido como perversão sexual, pederastia. Pederastia significa homossexualismo, prática sexual entre indivíduos do mesmo sexo.

Os dois textos acima estão registrados no Velho Testamento Bíblico, ou seja, antes da vinda de Cristo. São fundamentos de fé, valores e conduta religiosa de judeus e cristãos.

No Novo Testamento, com a vinda de Jesus Cristo trazendo uma nova realidade sobre a religiosidade humana, numa linguagem teológica, trazendo o período da graça e não mais da lei, trazendo o perdão dos pecados e não mais o apedrejamento ao pecador, o tema homossexualismo não ficou despercebido, pelo que segue as narrativas cristãs³⁸⁹.

A ira de Deus se revela do céu contra toda impiedade e perversão dos homens que detêm a verdade pela injustiça; porquanto o que de Deus se pode conhecer é manifesto entre eles, porque Deus lhes manifestou.

Tais homens são, por isso, indesculpáveis; porquanto, tendo conhecimento de Deus, não o glorificaram como Deus, nem lhe deram graças; antes, se tornaram nulos em seus próprios raciocínios,

³⁸⁸ BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969. Livro de Deuteronômio. Cap.23:18.

³⁸⁹ BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969. Carta aos Romanos. Cap.1:18-27.

obscurecendo-se-lhes o coração insensato. Inculcando-se por sábios, tornaram-se loucos e mudaram a glória do Deus incorruptível em semelhança da imagem de homem corruptível, bem como de aves, quadrúpedes e répteis. Por isso, Deus entregou tais homens à imundícia, pelas concupiscências de seu próprio coração, para desonrarem o seu corpo entre si; pois eles mudaram a verdade de Deus em mentira, adorando e servindo a criatura em lugar do Criador, o qual é bendito eternamente. Amém! Por causa disso, os entregou Deus a paixões infames; porque até as mulheres mudaram o modo natural de suas relações íntimas por outro, contrário à natureza; semelhantemente, os homens também, deixando o contato natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e recebendo, em si mesmos, a merecida punição do seu erro. (Romanos 1:18/27)(grifos nossos)

O texto acima foi escrito pelo apóstolo Paulo aos cristãos que se achavam em Roma, e diz palavras duras contra a prática do homossexualismo, declarando ser uma punição, usando a expressão: por causa disso, os entregou Deus a paixões infames...., e ao final afirma, recebendo, em si mesmos, a merecida punição de seu erro.

Na carta escrita ao povo de Corinto³⁹⁰, o Apóstolo Paulo diz:

Vocês sabem que os maus não terão parte no Reino de Deus. Não se enganem, pois os imorais, os que adoram ídolos, os adúlteros, os homossexuais, os ladrões, os avaros, os bêbados, os caluniadores e os assaltantes não terão parte no Reino de Deus. (Tradução Linguagem de Hoje)

Ou não sabeis que os injustos não herdarão o reino de Deus? Não vos enganeis: nem impuros, nem idólatras, nem adúlteros, nem efeminados, nem sodomitas, nem ladrões, nem avaros, nem bêbados, nem maldizentes, nem roubadores herdarão o reino de Deus. (Tradução Revista e Atualizada) (1 Coríntios 6:9)

Sabemos que a lei de Deus é boa, se for usada como se deve. Devemos lembrar, é claro, que as leis são feitas não para as pessoas corretas, mas para os marginais e os criminosos, os ateus e os que praticam o mal e para os que não respeitam a Deus nem a religião. São feitas também para os que matam os seus pais e para outros assassinos. E para os imorais, os homossexuais, os seqüestradores, os mentirosos, os que dão falso testemunho e para os que fazem qualquer outra coisa que é contra o verdadeiro

³⁹⁰ BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969. Carta aos Coríntios Cap.6:9.

ensinamento. Esse ensinamento se encontra no evangelho que Deus me encarregou de anunciar, isto é, na boa notícia que vem do Deus bendito e glorioso. (Tradução Linguagem de Hoje) (1 Timóteo 1:8-11)³⁹¹

Pelo exposto, considerando a fundamentação dessas religiões em seus dogmas de fé, requerer o apoio destes à prática do homossexualismo, via de consequência a institucionalização do casamento homoafetivo seria uma afronta a sua fé e valores. Neste ponto, o direito fundamental de liberdade religiosa garante que os crentes possam crer e viver de forma adequada a sua fé.

Dessa forma, sendo os cristãos cidadãos detentores de direitos políticos, têm o poder de lutar nas arenas públicas por aquilo que acreditam, pelos valores e estilos de vida que querem ter, pela sociedade em que desejam viver. Isso é exercício de cidadania, isso é liberdade de expressão, o que tem que ser respeitado.

Como a tema até agora não teve um posicionamento do Legislativo Federal, o Judiciário e o Executivo tem pautado o assunto, não só do ponto de vista da possibilidade de casamento como também em outras questões ligadas à matéria, como se verifica.

O STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal, equiparou as uniões homoafetivas estáveis às heteroafetivas igualmente estáveis, com o reconhecimento de entidade familiar, sendo publicada em 05 de maio de 2011 com a seguinte ementa³⁹².

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO**. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à

³⁹¹ BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969. Carta a Timóteo. Cap.1:8-11.

³⁹² Dje nº 198. Publicação em 14/10/11. Ementário nº 2607-3

Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. **A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL**. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. **LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE**, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, **EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA**. CLÁUSULA PÉTREA. **O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica**. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”**: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual**. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa**. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família**. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família.

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetivas nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. **Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.**

Com o reconhecimento acima exposto, surgiu a seguinte dúvida: O STF equiparou a união civil homoafetiva com a heteroafetiva. Uma das prerrogativas

da união estável é a conversão desta em casamento civil. Desta forma, poderia o casal homoafetivo também se casar?

Depois de certa divergência na doutrina e na jurisprudência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n. 175, deliberando que os cartórios de todo o País não podem mais se recusar a celebrar casamentos civis entre casais do mesmo sexo ou deixar de converter união estável homoafetiva em casamento, sob pena de serem acionados judicialmente³⁹³.

Desta forma, dentro do Estado Constitucional Laico, em que maiorias e minorias são protegidas por Direitos Fundamentais, os religiosos podem crer no que quiserem e os homoafetivos têm seus direitos civis respeitados.

5.2.7 – Da PL 122 Que Institui a Criminalização Do Preconceito Ao Homossexual Como Pleiteado Junto Ao Congresso Nacional.

No diapasão do tema anterior, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 122/06, traz novo embate envolvendo a Liberdade Religiosa e a Homossexualidade³⁹⁴. Este projeto de lei que também continua em tramitação no Congresso Nacional sem uma definição política legislativa, apresenta a seguinte ementa:

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.849, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

Como a ementa é técnica referencial à outras normas, em suma, o projeto visa à criminalização da discriminação por gênero e orientação sexual, assim como contra idosos e pessoas com deficiência.

³⁹³ Conferir em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24911:navegue-pelas-fotos-e-entenda-o-que-mudou-com-a-regulamentacao-do-casamento-homoafetivo>

³⁹⁴ Conferir em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>

O Projeto visa criminalizar a discriminação motivada na orientação sexual ou na identidade de gênero. Objetiva alterar a Lei de Racismo para incluir tais discriminações no conceito legal de racismo – que abrange, atualmente, a discriminação por cor de pele, etnia, origem nacional e religião.

A iniciativa legislativa proposta traz uma diferença entre discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, sendo a primeira aquela cometida contra homossexuais, bissexuais ou heterossexuais unicamente por conta de sua homossexualidade, bissexualidade ou heterossexualidade, respectivamente, e a discriminação por identidade de gênero é aquela cometida contra transexuais e não-transexuais unicamente por conta de serem ou não transexuais.

O projeto de lei recebeu substitutivo acrescentando outras formas de discriminação tais como por condição de pessoa idosa ou com deficiência, o que abarcará as discriminações pautadas unicamente na idade da pessoa ou no fato de ter alguma deficiência física ou mental. Portanto, Homoafetivos, Transexuais, Idosos e Deficientes estão todos inseridos neste Projeto de Lei.

Para os religiosos cristãos, o PL 122 é uma afronta à liberdade religiosa, é o cerceamento da pregação fiel da Bíblia, uma “Lei de Mordaça” que vem inibir os religiosos de crer e proclamar seus dogmas de fé em matéria sexual, uma vez que o projeto de lei traz uma tentativa de criminalizar quaisquer opiniões contrárias ao homossexualismo.

Diante dos embates na arena política houve a inserção de um parágrafo que restringe a criminalização da liberdade de se manifestar contra a prática homossexual apenas nos templos religiosos. Pelo texto inserido, a lei não se aplicará às pregações em templos religiosos, “desde que não incitem a violência”. O novo texto agora inclui o parágrafo:

“O disposto no caput deste artigo não se aplica à manifestação pacífica de pensamento fundada na liberdade de consciência e de crença de que trata o inciso 6º do artigo 5º (da Constituição)”.

Todavia a exceção não alcança a mídia eletrônica ou qualquer outra que seja. O comportamento homossexual ganhará um status de supra direito, tornando-se inquestionável e “blindado” de qualquer opinião contrária, exceto a pregação religiosa dentro dos templos.

Analizando as consequências práticas do projeto, se aprovado, ninguém, seja jornalista, médico, psicólogo, ou qualquer outro cidadão, poderá se manifestar contrariamente a esta prática sexual, sob pena de crime de discriminação. Nenhum pastor evangélico, padre ou representante do clero, ou mesmo líder de quaisquer segmentos religiosos jamais poderá fazer referências contrárias à prática do homossexualismo, mesmo em nível de orientação, sob pena de infringir o artigo 8º da Lei epigrafada, exceto dentro dos templos.

Segundo os argumentos da bancada religiosa, o presente projeto de lei contraria a Lei 7.716 (que trata de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), a Lei 2.848 (Código Penal) e o Decreto Lei 5.452 (CLT), bem como o art 5º da CR/88 e a Lei das Contravenções Penais especificamente seu art. 61.

Os princípios constitucionais da liberdade de pensamento, de consciência e crença, igualdade, serão frontalmente confrontados, uma vez que todo tipo de comportamento humano pode ser objeto de crítica, seja em aprovação ou desaprovação, exceto o comportamento homossexual que fica excluído de toda e qualquer crítica contrária.

Tal matéria ainda não se tornou objeto de judicialização, uma vez que ainda não foi aprovado ou rejeitado pelo legislativo nacional.

CONCLUSÃO

Essa realidade demonstra uma crise dentro da laicidade estatal, uma vez que esta deveria criar um campo de tolerância, ou seja, um ambiente onde

todos podem crer ou não crer, sem por isso ser discriminado. A história já demonstrou como este tema é tenso e necessita de constitucional atenção para que a paz social desejada continue a ser mantida.

A pesquisa exposta demonstra a pertinência do tema, demonstrando que pela história humana o homem jamais se separou de sua religiosidade o que leva a valorizar este aspecto sócio cultural religioso como parte ontológica do cidadão de direitos, via de consequência do ordenamento jurídico pátrio.

Chegou-se a conclusão que na junção das histórias, ocidental e nacional, em uma análise do mundo no final da modernidade, nota-se o cientificismo racional vivo, porém não mais como um “deus”, pois a verdade científica só a é até que outra a revele inverdade. Mas também diante de um mundo místico, religioso, onde as pessoas, como sempre o fizeram exercitam sua religiosidade seja individual seja institucional.

Verifica-se que o Estado Laico não deve ser um estado “ateu”, que não acredita em religião, pois como fato social, a religião é uma realidade. E, quando cada uma permanece ordeiramente no seu local próprio, as mesmas se completam gerando a paz social e o bem estar de todos.

Como instrumento social, a religião através da esperança, fé, e porque não dizer pelas forças do espírito, consegue realizações que o Estado Juiz, Lei, Administrador, Repressor, Policial, não consegue, uma vez que a religião trabalha internamente, conduzindo o homem a uma mudança de pensamento, a uma decisão de conversão em seu estilo de vida, enquanto que o Estado age de forma impositiva imperativa.

Por outro lado, a Religião não pode querer impor ao Estado as regras de conduta de perfeição, uma vez que estas pertencem àqueles que creem voluntariamente naquela fé e conduta.

E aqui destaca-se a tolerância, entendendo esta como um grande instrumento para a harmonia entre as duas fontes de poder e entre as diversas fontes de poder religioso que existe, pois, sendo os homens políticos e religiosos, dentro destas há enorme variedade de manifestações diferentes de pensamento, onde somente a tolerância criará o ambiente da paz. Essa

tolerância desejada deve ocorrer de forma vertical e horizontal, pois somente se efetivará na relação do Estado e todas as religiões e também entre estas e inclusive os não religiosos.

Estado laico é um Estado que não tem religião oficial e tem o dever de tolerância para com todas as religiões, assim parafraseando Canotilho, a laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença³⁹⁵.

A correta leitura da laicidade deve compreendê-la como uma garantia da liberdade religiosa, e não como um princípio que a ela se oponha. Neste sentido, deve ser considerada incompatível com o sistema constitucional brasileiro certa visão que se mostra refratária à manifestação pública da religiosidade pelos indivíduos e grupos que compõem a Nação, e que busca valer-se do Estado para diminuir a importância da religião na esfera social.

Como exemplo, quando França e Turquia restringiram certas manifestações religiosas dos seus cidadãos em espaços públicos, com destaque para a proibição do uso do véu islâmico por jovens muçulmanas em escolas públicas, perderam o foco correto do Estado Laico.³⁹⁶

Diante do direito fundamental, o Estado Laico em um conceito ocidental e nacional de hermenêutica constitucional baseado no paradigma de Estado Democrático de Direito busca a neutralidade religiosa do Estado, mas não o seu desconhecimento da religião enquanto fato social. Sendo a religião um valor consolidado da sociedade, o Estado deve garantir a formação e o desenvolvimento de um ambiente público de livre consciência. A neutralidade estatal significa radical indiferença por toda valoração religiosa, todas as religiões devem ser tratadas de forma igualitária perante o poder público³⁹⁷.

³⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.613.

³⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*. Revista Eletrônica. PRPE. PDF. Maio de 2007. p.08.

³⁹⁷ MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011. p.121.

Assim sendo, Religião e Estado são horizontes de uma mesma experiência histórica. O homem, o homem social, político e religioso, o homem que necessita se relacionar consigo mesmo, com seu próximo e com sua espiritualidade. Qualquer Estado ou Constituição, ou Instituição que não tolerar tais relações estará agredindo seu propósito que é de promover o bem estar social.

A laicidade como tolerância é um excelente caminho para promover este propósito estatal, é atitude inclusiva, que acrescenta e amolda os diversos interesses, sistemas sociais e religiosos para uma convivência ordeira e pacífica.

Nos conceitos de Luhman, a religião mostrou sua expressão auto-poietica de sistema social fechado, com estruturas e linguagem própria que faz parte dos demais conceitos de sistema social do autor.

Pelo relevo nacional do tema, Liberdade Religiosa e Laicidade Estatal estão assentados no rol de direitos fundamentais com premissas fixadas na dignidade humana, principalmente em sua vertente de autonomia, respeitando o que o homem é e pensa ser, com seus valores íntimos e pessoais.

E assim, nessa construção histórica, a pesquisa demonstra a ciclicidade das práticas humanas, a transformação de valores e conceitos, mas também que há fundamentos que não devem ser removidos, portas que já foram fechadas e que não deveriam ser reabertas, por isso se chamam cláusulas pétreas, cláusulas de pedra, de objeto que fundamenta os alicerces.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio do direito. In _____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchipson Schild. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direito do homem. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

ALMEIDA, Lacerda. *A Igreja e o Estado, suas relações no Direito Brasileiro*. Universidade do Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro. 1924.

ALVES, Rubens. *O que é religião?* São Paulo : Edições Loyola, 2003.

AMARAL JUNIOR, Alberto do / JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BACHUR, João Paulo. *A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann* - <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/10.pdf>>

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recurso extraordinário no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá. 2009.

BARRET, David B. *Cristianismo 2011: Mártires e o ressurgimento da religião*. Janeiro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão Provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Ver em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>.

BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil. 1969.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos – Nova Edição. Trad. L'età dei Diritti. 10ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. Ed. Ícone. São Paulo. 1995.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro. 1989. Ed. Bertrand do Brasil.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito*. Belo Horizonte. Ed. Forum. 2011.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia - Ensaios de História do Pensamento Jurídico* - Biblioteca História do Direito – Coord.: Ricardo Marcelo Fonseca – Enc. Especial. Ed. Juruá. 2010.

DURKHEIM, E. *As formas elementares da vida religiosa*. São Paulo. Paulus, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *A cultura dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

FEUERBACH, Ludwig. *A essência do cristianismo*. Trad. José da Silva Brandão. Ed. Vozes. Petropolis. 2007.

FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise, Esboço de Psicanálise*. Trad. Duvral Marcondes. São Paulo. Abril Cultural. 1978.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos, *O que são direitos fundamentais?* Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2006.

H. BERGSON. *As duas fontes da moral e da religião*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

HABERMAS, Jorgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. 2. Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América Ltda. Portugal. 1997.

HILL, Christopher. *A bíblia inglesa e as revoluções do século XVII*. Tradução de Cynthia Marques. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira. (2003)

HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

INTROVIGNE, Massimo. *A intolerância e a discriminação contra os cristãos*. As cinco maiores ameaças do século XXI. São Paulo. Ed.: LTr, 2011.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Publicação Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal.

LUHMANN, Niklas. *La religion de la sociedad*. Madrid. Editorial Trotta. 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Trad. Gustavo Bayer. Edições tempo brasileiro. Rio de Janeiro. 1983.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3 ed. Petrópolis, RJ. Vozes. 2011. p.293/299.

MAIA, Renato. *Da horizontalização dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Ed. Especial. Pouso Alegre: FDSM. 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Traduções de Lívio Xavier. 2ª ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo. Ed.: LTr, 2011.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Trad. José Carlos Bruni. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*. Campinas. Editorial Psy. 1995.

MCGRATH, Alister. *O Deus de Dawkins: genes, memes e o sentido da vida*. Tradução. Sueli Saraiva. São Paulo: Shedd Publicações, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. Paulo Gustavo Gonet Branco. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU . Charles Louis de Secondat, baron de la. *Do Espírito das Leis*, Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. – 2ª ed. São Paulo. Ed. Abril Cultural. 1979.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORIN, Edgar. *A unidade do homem: invariantes biológicos e universais culturais / ensaios e discussões apresentados e comentados*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. Cultrix: Editora da USP. São Paulo. 1978.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. - Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NERI, Marcelo Côrtes. *Novo Mapa Das Religiões*. Fundação Getúlio Vargas. CPS. Rio de Janeiro. 2011. p.39. Verificar em: http://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf

RICHARDSON, Don. *O fator Melquisedeque: o testemunho de Deus nas culturas através do mundo*. Trad. Neyd Siqueira. São Paulo: Vida Nova, 1995.

RODOVALHO, Robson Lemos. *Ciência e fé: o reencontro pela física quântica*. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. 2ª Ed. São Paulo. Abril Cultural. 1978.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *A cultura dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

SARMENTO, Daniel. *O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf>.

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

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros. 1992. p. 163-164.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A comunicação do poder em Niklas Luhmann*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Conf. <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/57/55>.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Consenso, dissenso e autopoiesis: crítica di Niklas Luhmann alla teoria di Jürgen Habermas nella perspectiva del diritto*. <http://www.diritto.it/docs/24440-consenso-dissenso-e-autopoiesis-critica-di-niklas-luhmann-alla-teoria-di-j-r-gen-habermas-nella-perspectiva-del-diritto?page=2>.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, argumentação e decisão jurídica no positivismo clássico*. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica (PPGD/FDSM). Pouso Alegre, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. IV Seminário Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica. Mestrado em Direito. FDSM. Pouso Alegre, 2010. p. 3.

WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, Companhia das Letras (ed. A. F. Pierucci. (2004)

WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.