

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ARNALDO RICARDO ROSIM

COLISÃO DE DIREITOS: A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO

2014

ARNALDO RICARDO ROSIM

COLISÃO DE DIREITOS: A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA
EXAMINADORA NO CURSO DE PÓS
GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA PONTIFÍCIA
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO,
COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM DIREITO, NA ÁREA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL, SOB A ORIENTAÇÃO DO
PROFESSOR DOUTOR ROBERTO DIAS.

SÃO PAULO

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

ARNALDO RICARDO ROSIM

COLISÃO DE DIREITOS: A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA EXAMINADORA NO CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO, NA ÁREA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR ROBERTO DIAS.

Banca examinadora:

RESUMO

O presente estudo tem como tema a colisão dos direitos de liberdade religiosa e de liberdade de expressão na esfera pública.

Pretende revelar qual dos dois direitos fundamentais deverá prevalecer no caso de colidência entre as liberdades ocorridas no âmbito público e em qual medida, nas hipóteses previamente especificadas.

Busca encontrar a solução constitucionalmente ótima para o conflito envolvendo esses direitos, mediante o emprego das técnicas previstas pela doutrina constitucional.

Palavras-chave:

Direito; Constituição; Colisão de Direitos; Liberdade Religiosa; Liberdade de Expressão

ABSTRACT

This essay is about the collision of rights involving the freedom of religions and the freedom of expression in the public square.

This work aims to reveal which of the two fundamental rights should prevail in case of conflict between the freedoms occurring in the public sphere and what its extension, on previously specified hypothesis.

Intends to find the constitutionally optimal solution to the conflict between these rights, through the use of techniques provided to the constitutional doctrine

Key-words:

Law; Constitution; Collision of Rights; Freedom of Religion; Freedom of Expression

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais pela formação (inclusive religiosa), suporte e dedicação recebidos durante toda minha existência.

Agradeço o meu orientador, Roberto Dias, pela paciência e atenção dedicadas, bem como pelas valiosas informações fornecidas durante o período em que tive a honra de ser seu orientando.

Aos professores Flávia Piovesan e Carlos Gonçalves Junior pelos apontamentos que ajudaram a engrandecer este trabalho.

Aos amigos Caio Moysés de Lima, Tiago Bitencourt De David, Alexandre Gazetta Simões e André Mauro Lacerda de Azevedo, pelas sugestões bibliográficas e conversas que colaboraram para o avanço dos estudos.

Ao Arnaldinho, pelas horas limitadas de nosso convívio.

Finalmente, à Franciele, por todo o carinho, amor, sacrifícios e dedicação. Esta vitória também é sua.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO....	9
1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS.	13
1.1 – CONCEITO.....	14
1.2 – HISTÓRICO.....	16
1.3 – GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.4 – EFICÁCIA DAS NORMAS VEICULANTES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.5 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	32
1.5.1 – PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS.....	33
1.5.2 – PRESSUPOSTOS DOUTRINÁRIOS.....	35
2 – COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	44
2.1 – PRINCÍPIOS E REGRAS	46
2.1.1 – A POSIÇÃO DE DWORKIN.....	53
2.1.2 – A POSIÇÃO DE ALEXY.....	54
2.1.3 – A POSIÇÃO DE HUMBERTO ÁVILA.....	55
2.1.4 – CONCILIAÇÃO ENTRE AS POSIÇÕES	57
2.1.5 – SOLUÇÕES EM COLISÃO DE PRINCÍPIOS.....	58
2.1.6 - SOLUÇÕES. NO CONFLITO DE REGRAS.....	58
2.2 – TEORIAS INTERNA E EXTERNA	59
2.3 - RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS	60
2.4 – LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
2.5 – LIMITES AOS LIMITES.....	65
2.5.1 – CONTEÚDO ESSENCIAL	66
2.5.2 – A PROPORCIONALIDADE	68
3 – LIBERDADE RELIGIOSA E DE EXPRESSÃO	78
3.1 – LIBERDADE	78

3.1.1. – HISTÓRICO DAS LIBERDADES RELIGIOSA E DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	80
3.2 –RELIGIÃO	91
3.2.1 – LIBERDADE RELIGIOSA	92
3.2.2 – PARADIGMAS FRANCÊS E NORTE-AMERICANO	100
3.2.3 – LAICIDADE	102
3.3 - A RELIGIÃO E A CULTURA.....	108
3.4 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	110
3.3.1 – CONCEITO	110
3.3.2 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIMEIRA EMENDA À CONSTITUIÇÃO NORTE AMERICANA	116
3.3.3 – O EFEITO SILENCIADOR	118
4 – CASOS DE COLISÃO ENVOLVENDO LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	122
4.1 – OSTENTAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO TRABALHO E ESPAÇO PÚBLICO	122
4.1.1 –A LIBERDADE RELIGIOSA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	123
4.1.1.1 – OS SÍMBOLOS RELIGIOSOS NAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS	123
4.1.1.2 – OS SÍMBOLOS RELIGIOSOS E OS SERVIDORES PÚBLICOS	128
4.1.1.3 – OS SÍMBOLOS RELIGIOSOS E OS BENS PÚBLICOS	130
4.2 – O PROSELITISMO E O TRANSPORTE PÚBLICO	134
4.3 - MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS E POPULARES DE CONTEÚDO RELIGIOSO E OS ESPAÇOS PÚBLICOS	136
5 – CONCLUSÃO	143
6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	147

INTRODUÇÃO

Somente se percebe a importância dos direitos fundamentais quando surgem obstáculos a seu livre exercício. Antecipar a percepção dos problemas, buscando soluções hipotéticas antes que o impacto nocivo possa ser notado pela sociedade; ou quando já sentido, torna-lo mais suportável, esta a preocupação que norteou o presente estudo.

A dignidade humana, valor supremo que sustenta toda interpretação a ser realizada quando envolvidos direitos fundamentais, dá o tom sobre a existência e os limites que podem ser impostos.

A colisão de direitos é frequente e a polêmica provocada pelo embate é inevitável. Por esta razão consideramos o mais apaixonante tema dos direitos fundamentais.

Muitas vezes o choque se dá entre os mesmos direitos fundamentais, de titulares diversos. Em outras, porém, o embate ocorre entre direitos distintos. A solução pode passar pelo aniquilamento de um deles, deixando a fruição do direito apenas por um dos contendores ou então, buscar harmoniza-los, para que cada titular se beneficie de parcela de seu direito.

Os direitos que envolvem o bem jurídico liberdade são valorizados pelos povos desde a Antiguidade, sendo os primeiros protegidos positivamente que se tem notícia. No entanto, a liberdade tem, nos dias atuais, se tornado objeto de diversas violações, tais como as invasões de privacidade continuamente empreendidas pelo Estado em nome de um alegado intuito regulatório¹.

Com a crescente globalização da sociedade mundial, tornam-se visíveis conflitos existentes entre os indivíduos. A facilidade proporcionada pelos meios de comunicação de massa, se por um lado propicia uma maior integração das pessoas que desfrutam de uma mesma idéia, traz, de outra banda, o recrudescimento de determinados pontos do conhecimento humano,

¹ Em diversas cidades do mundo as câmeras de segurança já fazem parte do cotidiano da população. Podemos ainda citar como exemplo de invasão da privacidade a quebra de sigilos de dados por autoridades administrativas sem o crivo do Poder Judiciário e as tentativas norte-americanas de criação de legislações (Stop Online Piracy Act - SOPA e Protect IP Act - PIPA) e que objetivariam combater a pirataria na rede mundial de computadores.

notadamente das crenças e valores, dentre os quais o que gera enorme grau de conflituosidade é a religião.

Com efeito, revela de interesse especial o elo entre liberdade religiosa e a liberdade de expressão.² Dois direitos fundamentais de primeira grandeza, cujos choques são violentos e inevitáveis.

A relação entre os dois direitos mencionados acima já foi objeto de diversas polêmicas em nosso País.

No ano de 1971, ocorreram os eventos televisivos de duas entrevistas de Chico Xavier ao programa “Pinga-Fogo”, na TV Tupi, o primeiro em 28 de julho e a segunda em 12 de dezembro,³ bem como as aparições da entidade Seu Sete da Lira nos programas de Flávio Cavalcanti e Chacrinha, sendo os dois últimos marcos do recrudescimento da censura imposta aos meios de comunicação pela ditadura sob o comando do General Emílio Médici.⁴

De Pirassununga, a celeuma religiosa envolvendo a lápide do jornalista “Chico Assombração”, tida pela Municipalidade como ofensiva, chegou ao Supremo Tribunal Federal e teve desfecho favorável à liberdade de expressão.

Em mais um acontecimento envolvendo meio de comunicação televisivo, o chute do apresentador Pastor Dedini em uma imagem de Nossa Senhora Aparecida, no ar pela TV Record nos anos 90.

Os casos descritos acima, de grande repercussão midiática, dão uma amostra do quanto pode ser conflitante a relação da liberdade religiosa e liberdade de expressão.

Não é nova a constatação ocidental dos problemas causados pela confusão entre o Estado e a religião. Não foi por motivação meramente econômica, como se pode aferir de uma visão distorcida do assunto, que

² Liberdade de expressão tomada neste trabalho em seu sentido amplo.

³ Maior, Marcel Souto. *As vidas de Chico Xavier*. 2ª ed, 4ª reimp. São Paulo: Planeta, p. 191-199.

⁴ Os programas foram suspensos da grade das emissoras. Notícia do Jornal do Brasil veiculada em 02.09.1971. Em <http://censuranatv.blogspot.com.br/2012/12/1971-charlatanismo-no-chacrinha.html>. Acesso em 26.03.2014.

grande número de países resolveu adotar uma postura de separação entre o Estado e Religião, mas sim como aperfeiçoamento da democracia. Na verdade, a laicidade do Estado fomenta a liberdade e igualdade religiosas, uma vez que, ao impedir o favorecimento de uma delas, propicia o desenvolvimento das demais.

Os espaços públicos são locais suscetíveis de ocorrência da colisão entre os direitos de liberdade religiosa e liberdade de expressão. Considerando que o Brasil acolhe o princípio da laicidade em suas Constituições desde o primeiro Documento Republicano, é de se perguntar se sua interação com a liberdade de expressão na esfera pública e, caso afirmativas as respostas, em qual medida possível.

A questão que pretendemos ver respondida é a seguinte: na colisão de direitos envolvendo a liberdade religiosa e a liberdade de expressão na esfera pública, qual deve prevalecer? Em qual medida?

O objetivo do presente trabalho é fomentar o debate sobre o assunto. Sabemos que várias serão as questões levantadas e que talvez permaneçam sem total solução.

Em busca do intento, em primeiro lugar, faremos um breve histórico dos direitos fundamentais e seus principais pontos, como a clássica distinção das gerações dos direitos, iniciando pela tríplice diferenciação constante da Declaração Francesa e que chegou reforçada neste Século XXI por duas novas espécies e qual teria sido a posição adotada pela Constituição Federal.

Em seguida, o estudo prosseguirá com a análise da eficácia das normas veiculantes de direitos fundamentais, e logo após, da dignidade humana, valor orientador dos direitos fundamentais.

A abordagem continuará com a breve análise das normas constitucionais. Não será esquecida a repartição das normas em regras e princípios, a polêmica entre as concepções de Dworkin e Alexy, bem como a posição de Humberto Ávila.

Sequencialmente, o estudo da colisão entre os direitos fundamentais se intensificará, por meio da abordagem a renúncia, aos limites dos direitos fundamentais e aos limites dos limites, passando pelo estudo do núcleo essencial e proporcionalidade.

Após, faremos breve análise do conceito de liberdade e sua evolução constitucional pátria, para depois ingressar nos estudos sobre liberdade religiosa, religião e os paradigmas francês e norte-americano, seguindo para a apreciação da laicidade e a relação entre liberdade religiosa e cultura, discorrendo brevemente acerca da liberdade de expressão, trataremos da visão norte-americana da liberdade de expressão, decorrente da interpretação dada à Primeira Emenda à Constituição daquele país, bem como sobre tema em voga, consistente no efeito silenciador do discurso.

Finalmente, passamos à análise de casos envolvendo colisão do direito de liberdade religiosa e de expressão. A escolha reflete a nossa preocupação com recentes casos noticiados nos meios de comunicação, bem como decorrentes de observação cotidiana.

A questão relativa aos símbolos religiosos nas repartições públicas e a ostentação destes por servidores públicos será o primeiro a ser apreciado, seguindo a análise sobre os bens de uso comum e os conflitos possíveis naqueles locais, o proselitismo nos transportes públicos e a apreciação dos conflitos envolvendo as manifestações artísticas e populares.

Ressaltamos que nos casos enfrentados, buscamos harmonizar os direitos envolvidos, a fim de obter, em nossa ótica, a máxima eficácia possível de cada um.

Esperamos que o presente trabalho possa colaborar de alguma forma para aumentar a visibilidade e o desenvolvimento do tema no Brasil.

1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais guardam intensa relação com a democracia. Somente um Estado que assegure a igual dignidade dos indivíduos, por meio da aceitação da vontade majoritária veiculada por meio do voto pode ser reconhecido como democrático.⁵ Neste sentido, correta a afirmação de que não há democracia onde não há a proteção aos direitos fundamentais.⁶

Joaquim José Gomes Canotilho notou que a função integradora da Constituição, a qual objetiva, sob o poder soberano de um Estado, unir e integrar os povos, nações, grupos, etnias, pessoas, culturas e credos, encontra-se em mutação, em razão do surgimento de uma sociedade multicultural (pluralismo cultural), impondo no interior do Estado também o pluralismo jurídico.⁷

O pluralismo é considerado por Norberto Bobbio como uma das características do igualitarismo e uma de suas consequências é a imposição de limitações à liberdade para que o desenvolvimento da sociedade se dê coletivamente.⁸

O pluralismo impõe que as pessoas devem ser tratadas com o mesmo respeito e consideração, conformando seus direitos de acordo com seus ideais e ideias, restando vedada a simples imposição de conceitos pela maioria constituída democraticamente, seja ela religiosa, política, social, cultural ou qualquer outra,⁹.

Uma sociedade plural não impede a existência de uma maioria hegemônica, que naturalmente se destaca em uma democracia. Contudo, é dever da Constituição proteger todos que se encontram sob seu pálio.

⁵ Novais, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 19.

⁶ Hartwig, Matthias. *Democracy, the State of Law and Human Rights: Constitutional concepts exemplified by the German Constitution*. Em *Direitos humanos: democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Coord: Armin von Bongdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.16.

⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1346-1347.

⁸ Bobbio, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed., 4ª reimp. São Paulo: Brasiliense, p. 39.

⁹ No mesmo sentido: Novais, op. Cit, p. 30-32.

Dworkin ensina que os direitos fundamentais são trunfos à disposição dos indivíduos,¹⁰ denominação mantida nos escritos do autor português Reis Novais, o qual identifica a origem iluminista da ideia.

Tais trunfos não podem depender de validação pela maioria, pois dessa forma fragilizaria a posição dos minoritários.

Ressalta-se que a vontade da maioria não pode esmagar os direitos das minorias. O poder contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário, em especial pelas Cortes Constitucionais busca encontrar o equilíbrio entre a vontade da maioria e a proteção aos direitos fundamentais dos minoritários, frequentemente limitando os poderes dos primeiros.¹¹

Sendo dever do Estado garantir a proteção dos direitos fundamentais em seu território, cabe buscar o sentido do objeto do cuidado estatal, ou seja, dos direitos fundamentais.

1.1 – CONCEITO

Pontes de Miranda¹² ensina que os direitos postos nas Constituições são “direitos constitucionais”, os quais podem ser incidentes ou fundamentais. Os direitos fundamentais se dividem para este autor em direitos relativos ou absolutos¹³, sendo estas últimas as liberdades exercidas frente ao Estado, cabendo à lei fixar as exceções aos dizeres constitucionais. Dentre os direitos absolutos, destacam-se as liberdades de pensamento, emissão do pensamento, física e a liberdade de religião.

Embora não se mostre adequada para o atual estágio de evolução do Direito Constitucional, interessante notar que o referido autor atribui importância diferenciada à liberdade religiosa e de expressão, denominada emissão de pensamento,

¹⁰ *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XV.

¹¹ *Idem*, p. 222-223.

¹² *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 375.

¹³ As palavras “absoluto” e “relativo” não foram adotadas por Pontes de Miranda em sentido normalmente visto na doutrina, qual seja, irrestringível ou restringível. Os primeiro admitiriam exceções legais, enquanto os segundos existiriam nos limites fixados pela lei. Como ficará evidente no trabalho, não apenas a lei pode limitar direitos fundamentais, mas também outros direitos fundamentais, colidentes podem impor-lhes balizas.

Os documentos internacionais preferem a denominação “direitos humanos”, como direitos superiores aos demais, que objetivam assegurar a dignidade da pessoa humana, seguindo a tradição jusnaturalista.

Outros, preferem denominá-los “liberdades fundamentais” ou “liberdades públicas”, termos que se mostram insuficientes, não abrangendo os direitos econômicos e sociais,¹⁴ uma vez que se limitariam aos direitos humanos de tal envergadura que mereceram reconhecimento pelo Estado e, por isso, foram inseridos no direito positivo, recebendo proteção constitucional. Tal expressão, conforme ensina Levinet, não se mostra reconhecível sem que se reporte ao momento histórico do reconhecimento dos direitos e liberdades.¹⁵

Alguns singelamente definem os direitos fundamentais como limites aos poderes do Estado¹⁶, o que não esgota sua amplitude. Como ensina Norberto Bobbio, não se pode restringir os direitos fundamentais em meras limitações, em razão de seu caráter negativo, limitam os poderes estatais, mas outros dependem de uma atuação ativa do Estado, tratando o homem como *uti singulis*, impondo a necessidade de uma igualação dos indivíduos, enquanto ainda há a necessidade de se aceitar uma outra modalidade, decorrente do indispensável respeito que o ser humano merece por suas diferenças, mostrando que em alguns casos é insuficiente a mera igualdade.¹⁷ Ademais, o mesmo autor defende, que é muito mais fácil defender as liberdades do que satisfazer os direitos sociais.¹⁸

Melhor chamá-los “direitos fundamentais”, os quais podem ser definidos como prerrogativas constitucionalmente previstas que procuram tutelar as pretensões do homem em sua tríplice dimensão, quais sejam: a liberdade (direitos e garantias individuais), a necessidade (direitos econômicos, culturais e sociais) e a preservação (solidariedade), com o objetivo de promover o pleno desenvolvimento da condição humana.¹⁹

¹⁴ Em Silva, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, página 56 e Levinet, Michel. *Théorie générale des droits et libertés*, 4ª edição. Bruxelas: Nemesis Anehemis, 2012, p. 71.

¹⁵ Op. Cit, p. 72.

¹⁶ No mesmo sentido, Miranda, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, 2ª edição, São Paulo: RT, página 621.

¹⁷ *El tiempo de los derechos*. Tradução de Rafael de Asis Roig. Madrid: Sistema, 1991, p. 115.

¹⁸ Op. Cit, p. 111.

¹⁹ Para Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Junior, Vidal Serrano, os direitos fundamentais configuram “uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da

Fundamental é o imprescindível, de relevo ímpar, base e início de todos os demais direitos.²⁰ A fundamentalidade de um direito decorre da natureza de seu conteúdo, cerne do Direito Constitucional.²¹

É importante se ter em conta que nem todo direito pode ser considerado fundamental. A inflação de direitos gera descrédito, sendo essencial a prevalência de alguns deles, considerados principais. Ademais, sequer se pode cogitar de uma verdadeira “universalização” dos direitos fundamentais, os quais variam no tempo e no espaço.²²

Nas linhas a seguir, em razão das diferenças apontadas acima entre os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, prevalecerá a utilização a expressão “direitos fundamentais”, permanecendo a segunda denominação apenas quando o texto se referir a documentos de valor histórico, referências do âmbito internacional ou citações relevantes para o bom desenvolvimento do trabalho.

1.2 – HISTÓRICO

A história dos direitos fundamentais decorre da própria criação e paulatina evolução dos seres humanos.

Não se sabe com absoluta certeza como o homem surgiu na Terra. O que se confirmou até o momento é que houve uma tremenda evolução das espécies e o ser humano, por algum motivo, se destacou dos demais animais e assumiu o controle do Planeta, nomeando as demais espécies e tudo o mais

dignidade humana em todas as suas dimensões”, possuindo “natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).” (*Curso de Direito Constitucional*, 16ª edição. São Paulo: Verbatim, 2012, página 143)

²⁰ Para Norberto Bobbio, são considerados como direitos fundamentais “aqueles, e somente aqueles que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc.” op. Cit., p. 41.

²¹ Cunha, Paulo Ferreira da. *Res Pública – Ensaios Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 45.

²² Como adverte Paulo Ferreira da Cunha, os direitos fundamentais descritos nos países ocidentais nem sempre correspondem com os direitos existentes nos países de origem muçulmana, assim como os direitos de maior importância durante a Idade Média, embora possam ter recebido diversa denominação e possuir outra consistência, também, a rigor, poderiam ser denominados como fundamentais. Op. Cit, p. 31. O que é essencial para uma determinada sociedade não necessariamente o é para todas as demais, incidindo, neste ponto,

que via no mundo físico e imaginário²³ Ademais, a fim de tornar cada um dos membros da comunidade como único, os indivíduos foram contemplados com nomes.²⁴

A teoria criacionista, presente na Bíblia Sagrada, põe o ser homem como fruto da obra do Criador. Suas duas vertentes principais divergem quanto à origem, que seria do barro (pensamento javista) ou eloísta, a qual aponta que o ser humano foi criado após as demais criaturas, como imagem e semelhança de Deus, ser superior e criador de todos os demais.

Outras culturas, como os *ewe* na África, os *maori* na Oceania e os *sioux* na América do Norte também apresentam explicações assemelhadas quanto à existência de uma divindade suprema, criadora de tudo o que existe, onipotente e onisciente e que teria legado os valores fundamentais.²⁵

O fato é que os direitos surgiram concomitantemente com a criação dos seres humanos e, conforme a evolução das sociedades, novos direitos foram sendo desenvolvidos, de acordo com as novas necessidades, valores e desejos. Os avanços e retrocessos no processo de evolução dos direitos fundamentais ocorreram, continuam e continuarão ocorrendo, como decorrência do sempre dinâmico pensamento dos membros da coletividade.

Segundo Fabio Konder Comparato, foi no período axial (entre os séculos VIII e II a.C), que teve como expoentes Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Isaías , entre tantos outros, que a humanidade teve o salto evolutivo em seu pensamento,

²³ O direito ao nome é um dos primeiros direitos fundamentais, como afirmação da individualidade do indivíduo. A importância dada ao nome é tamanha que segundo a Lei Mosaica, o nome do ser transcendente do Antigo Testamento não poderia ser pronunciado desnecessariamente.

²⁴ A descoberta do DNA, prova material da unicidade dos indivíduos, poderia, ser abalada com os avanços da genética. A clonagem de seres humanos poderia significar no futuro a perda da condição de único. Este é um dentre outros motivos pelos quais a clonagem humana é proscrita.

²⁵ Mircea Eliade doutrina que a grande maioria das religiões sustenta a existência de um ser criador universal, por ele denominado “uraniano”. (*Tratado de história das religiões*). Tradução de Fernando Tomaz e Natália Nunes. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 39.

abandonando as explicações mitológicas²⁶ até então em voga e permitindo o desenvolvimento do monoteísmo.²⁷

A progressiva evolução do que veio a ser conhecido como direitos do homem, embora alvo de retrocessos em alguns períodos, tem momento importante no Ocidente com os estóicos, no século III a.C, passando por Aristóteles²⁸, e o cristianismo antigo, prosseguindo por Tomás de Aquino e outros escolásticos, culminando com a paulatina substituição da revelação divina pela razão humana.

Diversos os teóricos que inspiraram o desenvolvimento do que seria depois introduzido como direitos fundamentais nas constituições a partir do século XIX.

Pouco lembrado, não obstante sua grande importância, Francisco de Vitoria, teólogo espanhol da neoescolástica, um dos fundadores da “Escola de Salamanca” e considerado como um dos fundadores do Direito Internacional, realizou em 1539 o relatório *Relectio De Indis insularis prior*, no qual trata da atuação espanhola na América e o papel que a Coroa deveria assumir diante dos povos indígenas. Defensor do *ius degendi*, *ius occupationis* e *ius peregrinandi* das terras não pertencentes a ninguém, sustenta que o direito à igualdade e liberdade são direitos naturais de todos os indivíduos, ou seja, universais, rechaçando a expoliação e escravidão imposta aos indígenas americanos pelos conquistadores.²⁹ Seus estudos contribuíram para indicar os três valores básicos dos direitos que seriam considerados posteriormente como fundamentais: vida, liberdade e propriedade.

Segundo António E. Pérez Luño³⁰, dois outros espanhóis, Francisco Suárez e Gabriel Vásquez influenciaram Hugo Grotius (Huig de Groot), outro

²⁶ René Menard aponta que Zeus (ou Júpiter para os antigos romanos) aparece sempre como divindade suprema e que os chamados irmãos (Poseidon-Netuno e Hades-Plutão), seriam meros desdobramentos do mesmo Ser. *Mitologia Greco-Romana*. Volume I. Tradução de Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991, p. 9.

²⁷ Segundo as palavras do autor, “foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.” (op. Cit., p. 21).

²⁸ Autor do imprescindível e sempre atual *Ética a Nicômaco*, entre outras obras de relevo.

²⁹ Facchi, op. cit, p. 31.

³⁰ *Los Derechos Fundamentales*, 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2011, p. 27

precursor do Direito Internacional, um jusnaturalista que sustentou o *ius* como direito da pessoa, desprendido da vontade divina.

John Locke, ao desenvolver suas idéias contratualistas, baseadas no *pactum unionis* e no *pactum subiectionis*, faz brotar a noção do poder político como garantidor dos direitos naturais do homem, quais sejam: vida, liberdade e propriedade.

As declarações de direitos vazadas no final do século XVIII são frequentemente consideradas pela doutrina como os pioneiros documentos postos por escrito com valor político e jurídico no âmbito dos direitos humanos. Muitos outros documentos poderiam reivindicar tal proeza, como o Pacto firmado em 1188 por Afonso IX de Leão e Castela, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, o Privilégio Geral assinado por Pedro III, em 1283, favorável à corte de Zaragoza, o *Statuto de Tallagio non concedendo*, de 1297, e o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e, remotamente, o Cilindro de Ciro II, Rei dos Persas, lavrado após a invasão da Babilônia, em 539 antes da Era Cristã, o qual se encontra em exposição no Museu Britânico de Londres. Decorrentes da evolução das diversas teorias centradas no contrato social, as declarações também são vistas por vários autores como os documentos que deram origem ao constitucionalismo e, conseqüentemente, ao que hoje pode ser denominado como direitos fundamentais.

Importante notar que as declarações de direitos, em razão da ausência de caráter vinculante, não se mostraram suficientes para a eliminação das inúmeras violações de direitos humanos provocadas pelos Estados e seus agentes. Esses documentos, firmados por grande número de países de forma insincera, ou seja, sem intenção de ver cumpridos seus preceitos, mostrou a necessidade de que dispositivos trazendo os direitos e garantias constantes dos documentos internacionais fossem introduzidos nas Constituições desses países, produzindo o fenômeno reconhecido como “constitucionalização do Direito Internacional”.

Atualmente, diz uma parte da doutrina que as Declarações de direitos, juntamente com as Constituições nacionais, formam uma verdadeira rede de proteção aos direitos humanos. Essa “teia” de proteção aos direitos

fundamentais foi detectada por Ingolf Pernice³¹, o qual denominou de Constitucionalismo multinível. Não obstante seus estudos tratem da realidade europeia, pode ser dito, inclusive com relação ao sistema latino-americano de proteção, que as declarações de direitos operam em um nível superior, como uma “über constituição”, (ao menos no que se refere aos direitos fundamentais), atribuindo suporte de validade para os documentos constitucionais dos Estados.

A abordagem sobre a parte histórica dos direitos humanos na esfera constitucional e, conseqüentemente, com a dos direitos fundamentais, inicia-se com a experiência norte-americana, passando pela declaração francesa, as constituições do início do século XX, as declarações de direitos firmadas após a Segunda Guerra Mundial e as novas constituições.

1.3 – GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo das gerações dos direitos é de relevância para o tema por auxiliar na compreensão do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, embora tal denominação seja alvo de críticas, oportunamente abordadas

As declarações de direitos de diversos povos residentes no território de domínio inglês na América do Norte, dentre as quais se destaca como mais importante e pioneira a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, formaram as bases para a declaração de independência do que veio a ser conhecido como Estados Unidos da América. A Declaração de Direitos da Pensilvânia, do mesmo ano, trouxe a bipartição entre direitos fundamentais e a organização do Estado, que até o presente serve de modelo para as constituições mais recentes.³²

Percebe-se facilmente nos textos daquela região a influência dos pensadores iluministas John Locke, Montesquieu e Jean Jacques Rousseau.

³¹ The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights. Stefan Griller/Jaques Ziller (eds.), The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty? New York: Springer Wien, 2008.

³² Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

Especificamente, pode ser apontada a motivação religiosa como uma das principais preocupações dos então imigrantes, tendo em vista que boa parte deles fugiu da Inglaterra em direção ao “Novo Mundo” em decorrência da perseguição religiosa sofrida na Inglaterra, país que tem até os dias atuais o Anglicanismo como a religião oficial. Outro fator relevante foi o conflito com a política fiscal imposta pela Inglaterra às suas colônias na América do Norte, o que gerou a conhecida defesa da expressão que ficou conhecida como *no taxation without representation*.

Ainda na América do Norte, foi elaborada em 1791 a *Federal Bill of Rights*, consistente nas dez primeiras emendas vigentes até os dias de hoje e que fundamentam boa parte das discussões da Suprema Corte daquele país sobre os limites dos direitos fundamentais.

Da Declaração Francesa, decorre a busca pelos ideais que deram ensejo às chamadas “gerações dos direitos”³³ (referidas simbolicamente nas três cores da bandeira daquele país), quais sejam, em sua formulação clássica: liberdade, igualdade e fraternidade.

Aponta-se como principal característica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 uma pretensa universalidade³⁴ e seu caráter teórico e racional, na qual não se admite que a lei seja utilizada como meio de opressão.

Com fulcro no liberalismo, que por sua vez desenvolveu-se como uma reação ao Absolutismo do Antigo Regime combatido pelo pensamento iluminista, a prevalência dos direitos individuais é tida como uma garantia contra o Estado, tornando-se conhecida como direitos negativos, também denominados direitos de primeira geração. Buscava-se, assim, uma abstenção, um não-fazer, ou seja, um maior distanciamento do Estado da vida dos cidadãos. Com efeito, nota-se que na França, a busca pela liberdade foi vista como decorrência do conflito entre a burguesia emergente, ladeada pela

³³ Geração que deve ser entendida não no sentido de exclusão de uma com relação a outra, mas de progressividade. A fim de evitar a confusão que o termo acarreta, boa parte da doutrina prefere a expressão “dimensão”, posicionamento que será exposto no fecho deste capítulo.

³⁴ Pretensa no sentido de que seus idealizadores excluíram intencionalmente as mulheres do âmbito da universalização.

população pobre, e a nobreza e o clero de outro lado, dotados de vários privilégios e que acabavam por ditar as regras a ser seguidas pelas camadas inferiores da sociedade estamental existente.

Além do conflito entre sujeitos fracos e fortes, a batalha pela liberdade teve ainda outros pleitos, como a busca pela liberdade religiosa (depois ainda da consciência e opinião) e da liberdade sobre o próprio corpo e bens³⁵, passando os súditos, não mais a serem vistos como meros sujeitos de deveres, mas como titulares de direitos. A igualdade de todos perante a lei e o afastamento da religião dos assuntos estatais foram dois grandes motivos para a Revolução Francesa e inspiradores da Declaração. Não obstante o discurso de prevalência da liberdade e da igualdade, não objetivava a burguesia criar uma nova ordem realmente igualitária nas esferas econômica, social e política, mas somente garantir sua ascensão como classe dominante.

Os direitos de primeira geração, considerados como limites à atuação do Estado, foram bem definidos por Roberto Dias:

Os direitos de primeira geração têm caráter negativo, visto que suas previsões caminham no sentido de exigir uma abstenção, um não fazer, uma omissão do Estado, ou seja, os direitos de primeira geração são respeitados na medida em que o Estado não ingressa na esfera dos direitos conferidos aos indivíduos.³⁶

Kant foi um dos mentores do Estado de Direito, enraizado na lei, o qual se entrelaça com os direitos fundamentais, garantias contra a vontade dos detentores do poder. Tais direitos eram fundados na razão prática e na liberdade, que considerava como síntese de todos os direitos naturais.

³⁵ Alessandra Facchi, *Breve história dos Direitos Humanos*. Tradução de Silva Debetto C. Reis. São Paulo, Loyola, 2011, página 24.

³⁶ Manual de Direito Constitucional, Barueri: Manole, 2007, p. 290.

Na medida em que se desenvolve a sociedade industrial, durante o século XIX, surge, em razão das péssimas condições imposta ao proletariado, o debate em favor do que posteriormente foi conhecido como direitos sociais e econômicos. Contudo, somente as Constituições do início do século XX trouxeram o desenvolvimento dos chamados direitos de segunda geração, quais sejam os direitos sociais, culturais e econômicos. A primeira delas a fazer referência expressa a essa nova dimensão dos direitos fundamentais foi a Constituição dos Estados Unidos Mexicanos de 1917. O principal expoente desta nova visão foi a Constituição Alemã de Weimar, de 1919. Decorreram da formação do Estado Social, como consequência do pensamento antiliberal e tiveram seu real desenvolvimento no período do pós-guerra.

Por meio dessa geração de direitos, espera-se uma atuação positiva do Estado, a fim de propiciar a igualdade não mais meramente formal entre os indivíduos, como defendido nas constituições dos séculos XVIII e XIX, mas também a isonomia material.

Tal geração dos direitos fundamentais traz inerente a idéia da “dignidade da pessoa humana”, desenvolvida principalmente em decorrência das atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, o que provocou a necessidade de maior desenvolvimento e respeito dos direitos humanos pelas nações.³⁷

O período subsequente à Segunda Guerra Mundial viu o desencadeamento de uma nova onda de declarações de direitos, tanto nos âmbitos regionais como de caráter global. A primeira delas foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, desenvolvida na Conferência Internacional Americana, na cidade de Bogotá, na Colômbia, entre os dias 30 de março e 2 de maio de 1948. Pouco tempo depois, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi subscrita em 10 de dezembro do mesmo ano, na cidade de Paris, na França.

O terceiro ideal da Revolução Francesa (fraternidade ou solidariedade) é o mote dos direitos de terceira geração.

³⁷ Para uma análise geral sobre o tema, ver Piovesan, 2007, p. 33-59.

Paulo Bonavides vislumbra nos direitos de terceira geração um “altíssimo teor de humanismo e universalidade”, os quais não se destinam especificamente a proteger interesses de um único indivíduo, mas de uma coletividade ou de um determinado Estado.³⁸ Tais direitos referem-se aos denominados direitos difusos, como à paz, meio-ambiente, desenvolvimento, comunicação, entre vários outros. A Constituição do Brasil traz em seu bojo direitos das três gerações mencionadas acima e exerce grande influência no âmbito internacional, inspirando tratados internacionais e legislações internas de outros países, principalmente no que se refere ao direito ambiental, de proteção aos menores e do consumidor.

A fraternidade, definida por Alexandre Gazetta Simões como “amálgama entre a liberdade e a igualdade”,

*busca o reconhecimento do homem como pessoa humana, a partir de sua inserção orgânica na estrutura estatal, que, como uma grande família, realiza o ideal de humanidade, promovendo uma igualdade de dignidade entre todos.*³⁹

Fala-se ainda na existência de direitos de quarta geração (direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo), como decorrência da globalização econômica, cultural e política⁴⁰ e derivados das manipulações genéticas dos indivíduos⁴¹.

José Adércio Leite Sampaio⁴² mostra duas acepções doutrinárias existentes sobre os direitos de quarta geração. Para a primeira, seriam meros

³⁸ Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 523. O mesmo autor, citando Mbaya, ensina que devem os Estados levar em consideração o interesse de outros Estados; a ajuda recíproca e uma coordenação das políticas econômicas entre eles. (op. Cit, p. 524).

³⁹ Simões, Alexandre Gazetta. 2012. O Caráter Fraternal do Direito à Seguridade Social. 2013. 207 f. Trabalho apresentado ao PPGD – UNIVEM – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

⁴⁰ Bonavides, obra citada, página 524.

⁴¹ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los Derechos*, Trad. Rafael de Asis Roig. Madrid: Sistema, 1991, p. 18.

⁴² *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 298.

desdobramentos dos direitos de terceira geração, compreendendo os direitos da presente e futuras gerações a uma vida saudável, a um equilibrado ambiente ou desenvolvimento sustentável, englobando ainda, para alguns autores, como Marco Segre, a fixação de limites aos avanços das tecnologias que poderiam interferir na dignidade humana, igualdade e liberdade. A segunda concepção apontada traz os direitos de quarta geração como direito de adensamento da democracia, de modo a permitir inclusive a obtenção da verdade sobre as violações de direitos humanos, especialmente quando perpetradas por regime de exceção.

O mesmo autor revela, com fundamento nos estudos de Anawalt e Neshat, que o direito a democracia apontado acima traz em seu bojo o direito de acesso às tecnologias de comunicação e informação.⁴³ Tais direitos objetivam garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seja ampliando o conhecimento sobre a diversidade cultural, seja permitindo a expressão por aqueles que não teriam como ter suas vozes ouvidas, em razão da fragilidade econômica ou social em que vivem, ou ainda, possibilitando o amplo acesso a informação sobre assuntos de seu interesse. As questões relativas à inviolabilidade das correspondências eletrônicas de e-mail corporativo, o uso de videoconferência para a realização de interrogatório⁴⁴

Há autores, contudo, que percebem os direitos de quarta geração como de inserção dos grupos desfavorecidos ou mais vulneráveis, como as mulheres (Peterson e Parisi), crianças, idosos, deficientes (Z. Arat), povos indígenas (Ozdowski), refugiados (Ramesh), entre vários outros.⁴⁵

José Adércio menciona ainda que alguns consideram a existência de uma chamada quinta geração dos direitos, que “tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida”⁴⁶, enxergando o indivíduo como parte de um cosmos, imputando a esse uma obrigação de respeito em relação a todas as formas de vida, inclusive aos demais seres humanos, impedindo a

⁴³ Op. Cit, p. 299.

⁴⁴ O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 88.914, relatado pelo Ministro César Peluso, considerou o interrogatório por videoconferência violador da ampla defesa.

⁴⁵ Todos os autores citados por Sampaio, op. Cit, p. 300-301.

⁴⁶ Op. Cit, p. 302.

discriminação e imposição de padrões estéticos de medida ou beleza, com vistas a preservar a diversidade.

Considerando que a doutrina até o momento não chegou a um consenso mínimo sobre o que é abarcado pelos direitos de quarta e quinta geração, revela-se desnecessária a pretendida ampliação do modelo geracional. Os direitos apontados como pertencentes a uma dessas novas gerações podem ser inseridos em uma das três tradicionais figuras, sem maiores prejuízos.

Como visto anteriormente, o emprego da expressão “geração de direitos” recebe críticas por dar a impressão que, com o passar do tempo, as gerações seriam substituídas por outras mais recentes, que somente se conceberia uma nova geração caso plenamente desenvolvidos os direitos enunciados no período antecedente ou ainda, que haveria uma hierarquia entre as chamadas gerações. Como bem salienta Roberto Dias⁴⁷, é óbvio que as gerações de direitos não se excluem, devendo ser vistas como acumulativas e que se completam ao longo do tempo.

A fim de evitar as visões equivocadas acima expostas, alguns autores, como Paulo Bonavides e Ingo Sarlet⁴⁸ preferem utilizar a palavra “dimensão”, em substituição ao termo “geração”.

O emprego da expressão acima se mostra mais adequada, pois não remete apenas a uma percepção histórica ou filosófica, permitindo o livre trânsito de um direito entre as diversas concepções. Um mesmo direito pode ser considerado como de primeira dimensão, exigindo o distanciamento estatal em um determinado ponto⁴⁹ e, em outro, depender da atuação positiva do mesmo Estado, a fim de permitir o alargamento do âmbito de atuação,⁵⁰ podendo ainda permanecer inserido em um direito metaindividual. Mesmo admitindo uma quarta dimensão nos moldes traçados por Bonavides, ou até aceitando a existência de uma quinta dimensão, a situação não se alteraria,

⁴⁷ Op. Cit, p. 293.

⁴⁸ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 45.

⁴⁹ O que uma concepção geracional diria como sendo de primeira geração.

⁵⁰ Tradicionalmente compreendido como de segunda geração.

vez que a circulação de um dado direito pelas categorias expostas estaria preservado.

Porém, como bem adverte George Marmelstein,⁵¹ não basta a simples alteração da denominação sem que se considere que os direitos fundamentais são interdependentes e indivisíveis, sendo válido que sejam os direitos fundamentais vistos como pertencentes às múltiplas dimensões, existindo, portanto, uma única realidade dinâmica.

1.4 – EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS VEICULANTES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo busca mostrar a possibilidade de restrição de uma norma veiculadora de direito fundamental, o que auxilia na busca dos limites que podem ser a esses impostos e nas colisões entre direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Inicialmente, ressalta-se que não há norma constitucional despida de eficácia. Uma norma constitucional não pode ser considerada mero conselho, ou de valor exclusivamente moral. Todas as normas constitucionais irradiam efeitos jurídicos, ao menos servindo como parâmetro interpretativo e condicionando o legislador ordinário, sob pena de inconstitucionalidade.

Tércio Sampaio Ferraz Junior apresenta importante diferenciação das expressões eficácia e efetividade. A primeira se relaciona com as “condições de aplicação e obediência”, propiciando o “controle sobre os efeitos do Direito” e que possui como principal característica o “sucesso” da norma. Por sua vez, a efetividade é a eficácia observada em toda a sua amplitude. Deve ser ressaltado, porém, que esta diferenciação não costuma ser percebida pela dogmática constitucional.⁵²

A máxima eficácia das normas constitucionais é o objetivo a ser perseguido pelo intérprete da Constituição.⁵³ A interpretação da norma varia ao

⁵¹ *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54.

⁵² *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, página 15.

⁵³ Konrad Hesse ensina que a “norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade contudo, possui a “pretensão de eficácia”, por meio da qual busca ordenar e conformar a realidade política e social, de modo a se atingir a sua ótima concretização de

longo do tempo, tanto afastando-se as balizas de um dado direito fundamental, quanto restringindo a amplitude de determinado direito, tudo para que seja evitada a ruptura constitucional, considerando, obviamente, a impossibilidade de estrangulamento dos direitos fundamentais positivados, visto que, se assim não fosse, liberdade, igualdade e fraternidade seriam letras mortas. Deve ser buscada a máxima eficácia de uma norma, o melhor que “sua formulação linguística, a sua logicidade, a sua história e a sua teleologia permitirem”.⁵⁴

A jurisprudência norte-americana classifica as normas constitucionais em duas espécies: as prescrições diretórias (*directory provisions*) que possuem caráter regulamentar e permitem que o legislador comum dispor de modo diverso ao constitucionalmente previsto, sem que tal conduta acarrete na inconstitucionalidade de seu ato; e prescrições mandatórias (*mandatory provisions*), que são as cláusulas essenciais da Constituição, de observância é obrigatória e inafastável.⁵⁵

A doutrina e a jurisprudência norte-americana desenvolveu ainda a classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade. Bipartida, denomina as normas imediatamente aplicáveis, dotadas de completa eficácia jurídica, que regulam totalmente os comportamentos, matérias e situações mencionadas, como *self-executing provisions*, expressão traduzida como normas auto-executáveis ou auto aplicáveis. Por outro lado, as normas dependentes de legislação infraconstitucional para que possam ser aplicadas, são chamadas *not-self-execution provisions*, ou seja, normas não auto-executáveis ou não auto-aplicáveis. A classificação acima deve ser abandonada, pois recai em problema similar ao apontado acima, ao considerar

acordo com as condições de realidade existentes em cada situação. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 14-23.

⁵⁴ Britto, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 198.

⁵⁵ Thomas Cooley e Francisco Campos criticaram a distinção acima. Para o primeiro, não é possível considerar cláusulas constitucionais que permitam a atuação do legislador em sentido diverso do preconizado. Campos defende que essa diferenciação seria a mesma das leis formais e materialmente constitucionais, considerando a disposição constitucional como provisão essencial, imperativa e indispensável. Silva, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71-72.

a existência de normas constitucionais destituídas de imperatividade, contrariando à juridicidade de todas as normas constitucionais.⁵⁶

Na década de 50, o segundo presidente da Corte Constitucional Italiana, Gaetano Azzaritti, dividia as normas constitucionais em diretivas e preceptivas. As primeiras, dotadas de alto grau de abstração e destituídas de qualquer eficácia, prestavam-se a nortear o legislador infraconstitucional, impondo-se sobre os comportamentos estatais. Com efeito, não obstavam sua violação pela legislação inferior. Por outro lado, as normas preceptivas, eram dotadas de imperatividade, sendo normas completas e concretas, de observância obrigatória, podendo ser dotadas de aplicabilidade imediata ou não. Tais normas eram dirigidas aos cidadãos e ao juiz, incidindo sobre as relações privadas. Percebe-se a clara influência no pensamento do citado jurista das classificações norte-americanas anteriormente expostas.

O também jurista italiano Vezio Crisafulli propôs classificação inovadora. Cindiu as normas constitucionais em três espécies. As primeiras, denominadas normas constitutivas ou imediatamente preceptivas, incidem imediata e diretamente sobre as relações entre os particulares. As diferidas destinam-se aos cidadãos, aos órgãos estatais e Poderes do Estado, e objetivam regular imediatamente a matéria que trata. Tais espécies normativas permitem que o legislador infraconstitucional defina os meios técnicos ou instrumentais, a fim de propiciar a efetivação prática do dispositivo.⁵⁷ As últimas, chamadas de programáticas, são dependentes de complementação legislativa. Ao contrário do disposto pelos teóricos anteriores, as normas programáticas dispõem do poder de vincular o legislador infraconstitucional.⁵⁸ Nota-se que a principal novidade trazida pela classificação proposta por Crisafulli foi a de atribuir eficácia a todas as modalidades de normas constitucionais.

José Afonso da Silva elaborou o mais influente trabalho pátrio sobre a aplicabilidade das normas constitucionais.

Conforme ensina o jurista acima, as normas constitucionais, quanto à sua aplicabilidade e eficácia se distinguem em três distintas categorias: as

⁵⁶ Dias, Roberto. Manual de Direito Constitucional. Barueri: Manole, 2007, p. 79.

⁵⁷ Piovesan, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 64.

⁵⁸ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ªed, São Paulo: Malheiros, 2002, página 216 e seguintes.

normas de eficácia plena, as de eficácia contida e as de eficácia limitada ou reduzida. As normas de eficácia plena, não admitindo qualquer restrição do legislador inferior, dispõem de aplicabilidade direta, imediata e integral e produzem, de plano, todos os seus efeitos jurídicos. As segundas, semelhantes às anteriores, possuem aplicabilidade direta e imediata, mas não integral. Ademais, admitem restrições impostas pelo órgão legislativo. Por derradeiro, as normas constitucionais de eficácia limitada não têm o condão de produzir de imediato todos os efeitos desejados, deixando a cargo do legislador infraconstitucional ou outro órgão o poder de complementar o sentido. Corolário, a aplicabilidade desta modalidade normativa é considerada reduzida, mediata e indireta.

Leciona ainda que a omissão inconstitucional “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.⁵⁹

Do acima exposto, extrai-se que nem todas as normas constitucionais possuem eficácia plena, total. Algumas, embora permitam aplicação imediata, podem ser afetadas por normas infraconstitucionais restringíveis, delimitadoras do âmbito de aplicação do disposto no comando constitucional. E ainda, que outras necessitem de regulamentação ulterior formulada pelo legislador ordinário para produzir seus misteres, possuindo, portanto, baixa eficácia normativ. Estas últimas, levando-se em conta a doutrina norte-americana, podem ser consideradas como *not self-executing provisions*, conforme os ensinamentos de Thomas McIntyre Cooley.

O autor, em sua já clássica lição, divide ainda a norma constitucional de eficácia limitada em normas constitucionais de princípio institutivo, as quais correspondem às normas de organização, que traçam diretrizes estruturantes para complementação pelo legislador infraconstitucional, e as normas constitucionais de princípio programático, por meio das quais são fixados os princípios que devem ser observados pelos demais órgãos estatais.

Deve ser apontado que as normas constitucionais de eficácia limitada ligam-se, basicamente, aos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, embora

⁵⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª edição rev., São Paulo: 1995, Malheiros, página 51.

em documentos mais recentes nota-se a tendência de considerar tais direitos como possuidores de aplicabilidade imediata.

A teoria desenvolvida por José Afonso da Silva não é isenta de críticas.

Constata Celso Antonio Bandeira de Melo que nem sempre as normas de eficácia plena garantem uma melhor posição jurídica aos administrados. Isto porque muitas das regras tidas como de eficácia plena não geram direitos subjetivos aos cidadãos, como a imposição de que um órgão dotado de competência legislativa em determinada matéria venha a efetivamente legislar. Ademais, não se pode conceber que um comando infraconstitucional possua mais força que a própria Constituição.⁶⁰

Celso Bastos e Carlos Ayres⁶¹ preferem dividir as normas constitucionais, quanto ao modo de incidência, em normas de aplicação e normas de integração. As primeiras, dotadas de eficácia plena, independem de intermediação legislativa para produzir todos os seus efeitos, incidindo diretamente sobre os fatos regulados, são dotadas de rigidez, possuindo núcleo mandamental exaustivo e podem ser regulamentáveis, permitindo expressamente a imposição de restrições legislativas inferiores ou irregulamentáveis, ou seja, normas que o próprio Texto Magno não pretendeu impor limites e qualquer tentativa de amesquinamento de seus dizeres se mostram contrários à Constituição, devendo o legislador, em matéria de direitos e garantias individuais, se abster de praticar o ato legislativo para o ser fiel cumprimento.⁶² As normas de integração são aquelas que, em razão de deficiência em seus elementos lógico-estruturais, necessitam de uma lei infraconstitucional para que seus efeitos possam ser realizados em sua plenitude, suprimindo o vazio existente no núcleo do dispositivo, seja para completa-las ou restringi-las, admitindo a autorização tácita para assim atuar, sendo as normas completáveis consideradas de eficácia parcial, enquanto as restringíveis, quanto à produção de seus efeitos, podem ser classificadas como normas de plena eficácia.⁶³

⁶⁰ *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, 1ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

⁶¹ *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 35.

⁶² Op. Cit, p. 42.

⁶³ Idem, p. 48-49.

Para os mesmos autores, as normas denominadas programáticas seriam normas de integração completáveis, porém, ao contrário da concepção tradicional, nem sempre exigem uma abstenção do Poder Legislativo, podendo inclusive orientar uma atuação positiva futura deste, assim como muitas vezes não se limitam à situações individuais. Ademais, em matéria de aplicabilidade, ao invés de se ter o foco no fato, deve a atenção estar voltada ao comportamento do aplicador do direito, pois há ocasiões em que a Constituição não teria pretendido regular a matéria, deixando a incumbência ao legislador comum, o qual interferirá ou não na operacionalização do comando constitucional.⁶⁴

1.5 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Como bem se extrai da simples leitura do artigo 1º, III da Constituição Federal, a dignidade humana encontra-se na base dos direitos fundamentais, agindo como fundamento do Estado, fonte-mater do qual derivam todos aqueles direitos.

Superprincípio⁶⁵ constitucional dotado intrinsecamente de conteúdo ético, impede que seja superado o conteúdo essencial de um direito, noção que será oportunamente desenvolvida.

O direito fundamental assim é considerado por sua proteção à dignidade humana, valor supremo a ser resguardado pela ordem constitucional

Vislumbrando a dignidade como inerente aos direitos fundamentais, José Afonso da Silva os denomina “direitos fundamentais do homem”, abrangendo, na verdade, a pessoa humana como gênero.⁶⁶

A existência da dignidade no bojo de todos os direitos fundamentais provoca tormentoso problema, vez que muitas as ocasiões em que pode a dignidade ser invocada para a defesa de direitos antagônicos e inconciliáveis.

⁶⁴ Ibidem, p. 114-115.

⁶⁵ A expressão é empregada por Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

⁶⁶ Op. Cit, p. 176.

Inúmeros os casos em que se pode facilmente vislumbrar a dignidade humana no interior dos direitos fundamentais. Presente tanto para a defesa dos interesses de Wackenheim, o anão que defendia o seu direito de ser arremessado, como dos que advogavam pela impossibilidade de tal prática.⁶⁷ Invocável tanto para a defesa da irrestrita liberdade de expressão como para a limitação desta em favor de partes que se julgam ofendidas.

Contudo, importante notar que não é admissível a invocação da dignidade humana como defesa à violação da dignidade de outrem, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger.⁶⁸ Preferiu-se a dignidade como combate ao crime de racismo, em detrimento da liberdade de expressão do paciente.

1.5.1 – PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS

Doutrina Marcelo de Souza Aguiar⁶⁹ que a origem da dignidade humana decorre da tradição religiosa judaico-cristã, considerando o homem como o “filho de Deus”, podendo a razão ser tida como o esclarecimento sobre as leis divinas.

Observa-se, no entanto, como bem percebido por Jónatas Eduardo Mendes Machado⁷⁰, que não obstante a origem da dignidade na concepção do ser humano como *Imago Dei*, não possui o conceito atualmente vínculo com qualquer confissão religiosa, visto que a influência iluminista agregou novas dimensões à dignidade.

Embora se possa falar que remotamente Sócrates, Aristóteles, o cristão Paulo e outros possam ser considerados precursores do que viria a ser conhecido de dignidade humana, não há como se esquecer do elaborador do primeiro escrito específico sobre o tema: o italiano Giovanni Pico Della Mirandola, que apresentou, em 1486, aos vinte e três anos, o “Discurso sobre a dignidade do homem”, onde apontou que ao ser humano era possível alterar

⁶⁷Manuel Wackenheim V. France. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html>. Acesso em 26.03.2014.

⁶⁸ HC 82.424.

⁶⁹ *A dignidade e a Constituição Cidadã de 1988*. Em *Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, democracia e justiça*. Orgs. Lafayette Pozzoli, Márcia Cristina de Souza Alvim. São Paulo: Educ-Fapesp, 2011, p. 32.

⁷⁰ *Op. Cit*, p. 193.

sua condição pelo livre arbítrio, iniciando o afastamento da *ratio philosophica* e da *ratio theologica*.⁷¹

Antes dos estudos do jovem italiano, porém, Tomás de Aquino, o maior ícone da Escolástica, também defendeu o livre-arbítrio do ser humano. Para ele, a vontade do homem é livre para querer o bem ou o mal. Para o filósofo medieval, com base em Platão e Aristóteles, a pessoa é “what is most perfect in all nature”⁷², pois divina a essência do homem. O livre arbítrio, assim, deve ser visto como o embrião da dignidade humana.

Immanuel Kant é a mais lembrada influência para o desenvolvimento do conceito de dignidade humana, como hoje conhecido, razão pela qual necessário breve introito sobre o pensamento do filósofo iluminista.

Seguindo os filósofos gregos da antiguidade clássica, Kant dividiu a filosofia em três partes: a lógica, a física e a ética. Enquanto a primeira cuida do pensamento e a segunda das leis da natureza, a ética lida com a lei moral, tendo como objeto a vontade humana, a qual deve ser conduzida pela razão.⁷³ A razão é guiada por dois imperativos: o hipotético, o qual reza que a ação é boa para se atingir determinada finalidade; e o categórico,⁷⁴ que trata a vontade por si só, fixada *a priori*, tendo a razão como princípio, independentemente de qualquer finalidade,⁷⁵ tendo como fundamento a liberdade.⁷⁶

Na sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes” ao considerar a dignidade como fruto da autonomia da vontade e da razão

⁷¹ *Oratio de hominis dignitate*. Em

http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/oratio.html . Acesso em 04.03.2014. No mesmo sentido, Barroso, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 17.

⁷² Aquinas, Thomas. *Summa Theologica, Part I*, Tradução: Fathers of the English Dominican Province. Em <http://www.gutenberg.org/cache/epub/17611/pg17611.html> p. 206. Acesso em 05.03.2014.

⁷³ , *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach, 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 42.

⁷⁴ Marcelo de Souza Aguiar considera que o segundo categórico, o tratar o próximo como deseja o homem ser tratado, decorre dos fundamentos do judaísmo. (op. Cit, p. 32)

⁷⁵ Kant, op. Cit, p. 45-47.

⁷⁶ Kant, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. 2ª edição. Bauru: Edipro, 2008, p. 65.

humana, Immanuel Kant deu os contornos iniciais do conceito. Nota-se que Kant, para desenvolver seu raciocínio teórico, parte de uma visão claramente antropocentrista (a denominada “revolução copernicana”).

Ademais, ao sustentar que os seres irracionais são considerados “meios” ou “coisas”, enquanto o ser racional (pessoa) é tido como “fim”, surge a ideia da impossibilidade da coisificação da pessoa humana, uma vez que a ele não se aplica um “preço”, mas sim a “dignidade”, por não se poder atribuir qualquer equivalência, fazendo do filósofo germânico o grande precursor teórico do princípio da dignidade humana.⁷⁷

Com efeito, a ideia de dignidade oriunda do pensamento de Immanuel Kant, não se restringe ao tratamento bom, adequado, correto, decorrente da impossibilidade de coisificação do ser humano, devendo ser levado em consideração ainda a capacidade de autodeterminação do indivíduo, o qual não se sujeita à vontade alheia.⁷⁸

1.5.2 – TRATAMENTO DOUTRINÁRIO JURÍDICO DA DIGNIDADE

A dignidade é um valor ontológico, intrinsecamente ligado ao homem, de difícil conceituação, mas nem por isso menos almejado.

A dignidade já constava implicitamente nas Declarações de Direitos do século XVIII, existindo, na Constituição de Weimar, breve referência.

A barbárie instalada pelas práticas dos nacional-socialistas na Alemanha no período imediatamente anterior e durante a Segunda Guerra Mundial provocou um sentimento de indignação que propiciou o desenvolvimento da dignidade humana como princípio basilar dos documentos constitucionais do pós-guerra, espalhando seus conceitos para os quatro cantos do mundo. Os diversos documentos internacionais de direitos humanos posteriores à Segunda Grande Guerra tratam da dignidade da pessoa humana como um valor universal.

⁷⁷ *Fundamentação...*, p. 58-59.

⁷⁸ Simões, op. Cit, p. 52.

A dignidade humana consta do principal documento do âmbito global;⁷⁹ aliás, logo no artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim redigido:

*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*⁸⁰

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, corolário e complementar ao documento anteriormente mencionado, ampliou o rol dos direitos civis e políticos reconhecidos. Logo em seu preâmbulo evidencia que a dignidade é seu norte. Os direitos descritos em seus artigos representam a densificação do superprincípio.

Nas esferas regionais, a dignidade humana também se faz presente nos principais documentos dos sistemas de proteção de direitos humanos.

No preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, resultado da IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em abril de 1948, conta o seguinte:

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969, preconiza em seu artigo 11. 1, que “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

⁷⁹ Conforme ensina Fábio Konder Comparato, o referido documento significa o ápice ético que exaltou a dignidade humana como fator de promoção da igualdade. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

⁸⁰ Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm (acesso em 12.10.2013)

Embora não traga específica referência à dignidade humana, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, denominada Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950, é indubitável que tal documento e seus protocolos adicionais são as fontes da proteção da dignidade no continente europeu.

Já a Carta Africana de Direitos dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em Banjul, em janeiro de 1981, assegura que:

Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.

A Carta Árabe de Direitos Humanos, de 2004, firmada por Argélia, Egito, Arábia Saudita, Iemen, Tunísia e Jordânia, traz em seu artigo 2º, item 3 que

“Todas as formas de racismo, sionismo, ocupação e dominação estrangeira representam um desafio à dignidade humana e constituem um obstáculo fundamental à realização dos direitos básicos dos povos.”⁸¹

A primeira constituição nacional a trazer expressamente o princípio da dignidade humana como norteador foi a Lei Fundamental de Bonn, surgida como contraponto aos horrores perpetrados pelas forças germânicas na Europa durante o governo de Adolf Hitler.

⁸¹ BOSTON UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW JOURNAL [Vol. 24:147], disponível em http://www.acihl.org/res/Arab_Charter_on_Human_Rights_2004.pdf - acesso em 23.10.2013

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink⁸² explicam que o princípio da dignidade humana insculpido no artigo 1º, número 1, frase 2 da Lei Fundamental Alemã, vinculam todas as autoridades públicas no respeito e proteção da garantia constitucionalmente assinalada.

Considerado como cláusula pétrea e valor supremo do sistema constitucional alemão,⁸³ a dignidade humana independe de reserva legal e tem sido invocada contra medidas estatais legítimas, as quais não violam o princípio e por isso o Tribunal Constitucional rejeita os recursos infundados.⁸⁴

O âmbito de proteção da dignidade humana possui duas concepções: a primeira, conforme o que se pode denominar “teoria do dote” considera a dignidade como um “valor” recebido como dote de Deus ou da natureza, visão decorrente do direito natural originário da doutrina cristã e dos estudos de Immanuel Kant. A segunda, “teoria da realização”, por meio da qual é o próprio indivíduo que determina o que significa a sua dignidade.⁸⁵ A primeira concepção parece a mais acertada, por permitir que os indivíduos incapazes de autodeterminar sua identidade sejam respeitados em sua dignidade.

Percebe-se que as referências à dignidade humana nas constituições quase sempre são vistas nos documentos decorrentes de ruptura institucional, surgidos após o fim de duros regimes totalitários.

Como exemplos, a Constituição Portuguesa, de 1976, decorrente da Revolução dos Cravos, já traz em seu artigo 1º que a dignidade é um dos fundamentos da República Portuguesa. A Constituição da Espanha, de 1978, surgida após o fim do regime ditatorial de Franco, aponta o referido princípio no artigo 10,1.

No âmbito sul-americano, há expressa referência à dignidade da pessoa humana em diversas Constituições.

⁸² *Direitos Fundamentais*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

⁸³ *Idem*, p. 173.

⁸⁴ *Idem*, p. 172.

⁸⁵ *Idem*, p. 167.

A Constituição do Paraguai, de 1992, em seu preâmbulo, reconhece a dignidade humana com o fim de assegurar a liberdade, igualdade e justiça.

A Colômbia, em sua Constituição, de 1992, considera logo no artigo 1º, o respeito à dignidade humana como fundamento do Estado.

A Constituição peruana, de 1994, dispõe em seu artigo 1º que “a defesa da pessoa humana e o respeito de sua dignidade são os fins supremos da sociedade e do Estado.”

O artigo 8º da Constituição da Bolívia diz que o Estado se sustenta na dignidade, entre outros valores.

No Equador, o preâmbulo da Constituição, de 2008, reza que o documento busca construir uma sociedade que respeita, em todas as suas dimensões, a dignidade das pessoas e das coletividades.

A Constituição da Venezuela, de 1999, trata o respeito da dignidade humana como um dos fins do Estado, constante do artigo 3º.

A Constituição do Suriname, de 1987, no artigo 16.3, dispõe que qualquer um que seja privado da liberdade deve ser tratado de acordo com a dignidade humana.

Por último, Trindad e Tobago traz referência à dignidade humana no preâmbulo da Constituição, de 1976.

Considerada pelo legislador constituinte pátrio como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, posto logo no artigo 1º, inciso III da Constituição, deve a dignidade ser respeitada como o cerne de todo o arcabouço jurídico brasileiro, vinculando todo intérprete e aplicador do direito a atribuir-lhe a máxima eficácia possível.⁸⁶ Por esta razão, Virgílio Afonso da Silva, com base nos estudos de Robert Alexy, defende que deve ser

⁸⁶ Aguiar, op. cit, p. 29.

considerada a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo como regra e princípio.⁸⁷

Norma de sobredireito, talvez um dos componentes da abstrata “norma hipotética fundamental” desenvolvida por Kelsen, veio a fazer parte dos textos constitucionais do pós-guerra.

Qualidade irrenunciável e inalienável de todo e qualquer ser humano, tem a dignidade humana como pilares a autonomia (abstrata, a qual não exclui os absolutamente incapazes e vincula-se à autodeterminação) e a necessidade de proteção ou assistência, a qual, segundo assentou Ronald Dworkin, deriva da “santidade” e inviolabilidade da vida humana, exigindo, para sua máxima efetividade, a atuação tanto negativa quanto positiva do Estado.

Ao contrário do que preconizava Tomás de Aquino, hodiernamente tem-se que mesmo o mais desprezível dentre todos os seres humanos deve ter a sua dignidade preservada, sendo merecedor de igual respeito e consideração a qualquer outro indivíduo.⁸⁸ Mesmo aqueles que nada possuem, ou aqueles desprovidos de suas faculdades mentais, dispõem do direito à dignidade, como dispôs o já mencionado artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não há como se imaginar, contudo, um conceito único de dignidade, nem tampouco, o respeito aos seus ditames em todos os países, em uma mesma proporção. Entretanto, é possível imaginar a existência de um conteúdo mínimo que um conceito pretensamente universal de dignidade humana deveria contemplar.

Luis Roberto Barroso⁸⁹ elenca três elementos mínimos para a conceituação da dignidade humana: o valor intrínseco dos seres humanos; a autonomia; e o valor comunitário. Tais pontos merecem uma dissecação.

⁸⁷ Citado por Silva, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros, p. 201.

⁸⁸ Sarlet, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. P. 367.

⁸⁹ Op. Cit, p. 72.

O valor intrínseco, decorrente do homem como um fim bastante em si, conforme filosofou Kant, impede que o ser humano possa perder sua dignidade, em qualquer que seja a circunstância. A igualdade, em suas concepções formal e material são também parcela do valor intrínseco humano, impondo isonômico tratamento aos indivíduos, seja para a aplicação de uma lei, seja vedando discriminações injustas.

A autonomia, tratada não em seu sentido kantiano, moral, mas sim em sentido pessoal, “o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos”⁹⁰, exigindo do agente a razão, independência e escolha.

Por último, o valor comunitário representa as limitações impostas à dignidade humana pelo Estado e pela sociedade, objetivando a preservação da dignidade do indivíduo e de terceiros e dos valores sociais comuns aos membros de uma comunidade. As limitações impostas pelo valor comunitário é o campo onde se inserem as maiores polêmicas sobre o alcance da dignidade humana, por restringir a autonomia individual. Nunca é demais lembrar o caso do “arremesso de anão”, ocorrido na França e objeto de questionamento pelo arremessado, que teve sua liberdade de participar de tal evento cerceada por decisão administrativa, confirmada pelo Conselho de Estado francês e pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, bem como o do *peep show*, na Alemanha, por violação à dignidade da mulher, que estava impossibilitada de ver o cliente para quem realizava o espetáculo.

Pontes de Miranda assinala três dimensões da dignidade humana: a democracia, a igualdade e a liberdade, ressaltando que muito ainda teria o tema da dignidade humana a evoluir, mesmo nos países mais desenvolvidos.⁹¹ Maria Celina Bodin de Moraes, por sua vez, aponta como componentes da dignidade a integridade física e moral e a solidariedade, além

⁹⁰ Barroso, op. Cit, p. 81.

⁹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, Tomo IV, 2ª edição, São Paulo: RT, 1967, p. 618. Dada a importância do tema, o mesmo autor dedicou ainda monografia memorável sobre o mesmo tema.

da liberdade e igualdade, excluindo, a democracia como elemento da dignidade humana.⁹²

Tendo como pressuposto o Estado Democrático de Direito, inexistente em diversos países, como defendido por Pontes de Miranda, não se poderia vislumbrar a dignidade humana nos regimes totalitários, visto que as liberdades não se encontram em sua plenitude. Com efeito, embora desejável, não se poderia tomar a dignidade humana como valor universal, ao menos enquanto não atingido um estado de total disseminação da democracia no globo terrestre.⁹³

Carlos Ayres de Britto também defende a dignidade humana como estreitamente ligada aos direitos e garantias individuais e à democracia, afirmando que “é no reconhecimento de cada indivíduo como um microcosmo que se intui com o princípio constitucional da dignidade humana um dos mais palpáveis conteúdos da Democracia”.⁹⁴

Rechaçando o entendimento acima, afirma-se que a dignidade humana se faz presente em seus diversos graus de implementação, tendo alguns países conseguido atingir estágios avançados de dignidade para seus cidadãos; enquanto outros, como o Brasil, não logram êxito na garantia da dignidade para todos os seus súditos, perseguindo um caminho tortuoso na busca do ideal da paz social.

A dignidade humana deve ser encarada como valor superior, tal como no direito espanhol, ocupando-se de três distintas funções, como bem salientado por Jesus Gonzales Perez: a de fundamento do ordenamento jurídico, orientador da interpretação constitucional e elemento integrador da ordem jurídica; existindo ainda quem encontra uma quarta função para a dignidade, a de limitadora do exercício de direitos.⁹⁵

⁹² *O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, em I.W. Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: do Advogado, 2003, página 116 e seguintes.

⁹³ Aguiar, p. 30.

⁹⁴ *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

⁹⁵ *La dignidade de la persona*. Civitas, p. 87.

A ideia de dignidade liga-se ainda ao mínimo existencial conferido ao indivíduo, não sendo a “reserva do possível” invocável pelo Estado para se eximir de seus misteres, mormente por afetar a dignidade humana, devendo o administrador fazer as escolhas em favor de seu cumprimento. Mínimo existencial que não se confunde com o “mínimo vital”, aquilo indispensável para a sobrevivência, envolvendo os direitos socioculturais.⁹⁶

Conforme leciona J.J. Gomes Canotilho⁹⁷ a dignidade revela a pretensão de uma comunidade constitucional inclusiva, gerenciada pelo culturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O jurista português Jónatas Eduardo Mendes Machado sustenta que as liberdades de consciência, de religião e culto são também baseadas na dignidade da pessoa humana, assim como na compreensão da comunidade política como sistema cooperativo entre cidadãos iguais e livres.⁹⁸

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins ensinam que a dignidade, sob a qual o Estado é edificado, engloba todos os direitos fundamentais, tendo inclusive uma dimensão moral, na qual as próprias pessoas dão o sentido de dignidade para a própria vida, cabendo ao Estado, facilitar o alcance individual da dignidade, por meio da garantia às liberdades públicas.⁹⁹

Considerando a dignidade como vetor de interpretação constitucional, é de se considerar que todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição possuem seu fundamento primordial na dignidade humana, o que torna a análise das colisões de direitos fundamentais assunto ainda mais interessante.

2 – COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁹⁶ STJ - Recurso Especial 1185474, 2ª T, Rel. Min. Humberto Martins, DJEI 24.04.2010, j. 20.04.2010, v.u.

⁹⁷ Op. Cit, p. 221.

⁹⁸ Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 285

⁹⁹ Op. Cit, vol. 1, p. 425.

A vida é repleta de acontecimentos que revelam o exercício cotidiano dos direitos fundamentais, algo que parece tão natural que sequer é notado. Uma criança nascendo é decorrência do direito à vida; uma tatuagem aponta o direito de disposição do próprio corpo; o ato de circular pelas ruas reflete o direito de ir e vir; a exposição de uma opinião traz a livre manifestação do pensamento. Muitos outros exemplos podem ser enumerados. O que importa dizer é que em uma sociedade livre os direitos fundamentais fluem naturalmente.

Os direitos fundamentais detêm um âmbito de proteção, no qual se dá o exercício desse direito, espaço descrito pela norma jurídica.¹⁰⁰ O exercício de um direito fundamental pode gerar relações conflituosas com os direitos de outros indivíduos. Este o cerne do presente trabalho.

Como percebido por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁰¹, somente se nota a real dimensão de um direito fundamental quando perdido, limitado ou impedido de promover seus efeitos, sendo de diminuta importância o estudo dos direitos fundamentais divorciado do conhecimento dos seus limites e colisões.

Os mesmos autores observam duas condições para a relevância prática dos direitos fundamentais. A primeira é a existência de obstáculo para o exercício de um direito fundamental. O segundo, é que esse óbice decorra de limitação infraconstitucional, seja pela existência de legislação reguladora, seja por omissão legislativa.¹⁰²

Os conflitos entre direitos fundamentais podem ser diretos, ou seja, entre dois direitos fundamentais tutelados, entre um direito fundamental e um interesse geral constitucionalmente protegido e entre um direito fundamental e um interesse estatal, o qual indiretamente pode se desdobrar em outros direitos.¹⁰³

¹⁰⁰ Admite-se que o âmbito de proteção de determinado direito seja absoluto, tal como a vedação à tortura e aos tratamentos desumanos e degradantes, considerada com Canotilho como "direito definitivo", constante de uma regra. (op. Cit, p. 1177).

¹⁰¹ *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 132.

¹⁰² Op. Cit, p. 133.

¹⁰³ Idem, p. 134.

A possibilidade de ocorrência da colisão de direitos fundamentais decorre da existência de uma pluralidade desses no bojo da Constituição, os quais devem conviver, em concordância prática.¹⁰⁴

A colisão não se confunde com a concorrência de direitos fundamentais.

Dá-se a concorrência de direitos fundamentais quando a conduta do titular de um direito fundamental se amolda à tipificação de vários outros direitos fundamentais, que se cruzam, ou ainda, se acumulem, em um só titular, vários direitos fundamentais.¹⁰⁵

Por sua vez, a colisão propriamente dita, ocorre com o exercício de um direito fundamental por seu titular, o qual vem a se chocar com o exercício de um mesmo ou diverso direito fundamental de outro titular.¹⁰⁶

A colisão de direitos fundamentais imprópria ocorre na hipótese de o direito fundamental de um titular colidir com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos.¹⁰⁷

Considerando que os direitos fundamentais buscam resguardar as situações fáticas que permeiam a vida dos seus beneficiários, é necessário dizer que há uma área de regulamentação, de titularidade do Estado, onde são identificados os interesses que merecem proteção e reconhecimento no âmbito constitucional. A delimitação dos direitos agasalhados pela Lei Maior dá origem à chamada área de proteção, mais restrita que a área de regulamentação, na qual serão fixados abstratamente os termos em que os direitos fundamentais podem ser exercidos e na qual pode ou não a conduta do indivíduo estar abrangida.

Possível a colisão entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucionalmente protegido, o qual impõe limitação ao exercício do primeiro.¹⁰⁸ Assim, um bem jurídico previsto constitucionalmente como a saúde

¹⁰⁴ A concordância prática, segundo ensina José Joaquim Gomes Canotilho, “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.” (op. Cit, p. 1150)

¹⁰⁵ Idem, op. Cit, p. 1190.

¹⁰⁶ Idem, p. 1191.

¹⁰⁷ Farias, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 106.

¹⁰⁸ Canotilho, op. Cit, p. 1192-1193.

(art. 196), pode limitar o livre exercício de culto religioso (art. 5º, VI), por exemplo, caso a prática ponha em risco tal valor especialmente protegido.¹⁰⁹

Com a finalidade de solucionar as colisões entre direitos fundamentais, indispensável o estudo da norma e de sua classificação doutrinária como regras e princípios.

2.1 –PRINCÍPIOS E REGRAS

Boa parte dos conflitos entre direitos fundamentais são resolvidos pelo legislador, sempre que a Constituição permitir a restrição legislativa por meio de lei infraconstitucional, ou seja, por meio da reserva legal.

Todavia, nem sempre a Lei Maior traz previsão expressa sobre a possibilidade de limitação a direito fundamental, o que exigirá para a solução da controvérsia a intervenção de órgão dotado de poderes jurisdicionais. Neste ponto, se faz necessário o estudo da norma constitucional e a divisão desta em princípios e regras.

Não há como se falar em princípios e regras sem abordar a diferença entre texto e norma, bem como a interpretação das normas constitucionais, a fim de identificar o significado que o autor deste trabalho pretendeu dar no título e a razão de sua escolha.

O texto, segundo Virgílio Afonso da Silva, é o mero enunciado linguístico, conceituando norma como “o produto da interpretação desse enunciado”.¹¹⁰ De uma única formulação textual podem se originar diversas normas, conforme a interpretação dada ao enunciado. Enquanto o texto é o objeto da interpretação, a norma é seu produto.¹¹¹ Com efeito, texto e norma são realidades distintas, não se confundem.

A diferença entre texto e norma se mostra clara com a leitura da cabeça do artigo 5º da Constituição Federal. O referido Texto¹¹² diz que

¹⁰⁹ Como culto que utiliza sangue de animal, que caso infectado por doença transmissível ao ser humano, pode gerar sérios problemas de saúde pública.

¹¹⁰ Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 616.

¹¹¹ Canotilho e Moreira, citados por Dias, Roberto. O direito fundamental à morte digna. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 23.

¹¹² Em maiúsculo, pois inserido na Constituição.

“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

Não se pode conceber que seja possível matar, enclausurar, discriminar, desapossar um estrangeiro que esteja temporariamente no País, sob o argumento de que se atua de acordo com a Constituição. No caso, a norma jurídica constitucional, que se extrai do Texto é mais ampla do que o escrito.

Humberto Ávila demonstra que pode haver texto sem norma, como na expressão do preâmbulo “sob a proteção de Deus”, norma sem dispositivo, tal qual o princípio implícito da segurança jurídica, bem como a existência de texto do qual se extraem duas ou mais normas, tal como o inciso I do artigo 150 da Constituição e a utilização de mais de um dispositivo para deles extrair apenas uma norma.¹¹³

A norma jurídica é um produto cultural, construção histórica da sociedade, que tem como fulcro a permanência do grupo social, não derivando de uma vontade subordinada superior.¹¹⁴

Rudolf von Jhering define a norma como “orientação para a ação humana”, como uma “disposição de natureza prática”¹¹⁵ e seu cumprimento se dá mediante coação. A imperatividade que lhe é inerente a torna forte, sobrepondo-se às “vontades”. Tércio Sampaio Ferraz Junior critica a Teoria Imperativista, incapaz de resolver adequadamente uma multiplicidade de situações, principalmente no que se referia à “vontade” de coletividades, como pessoas jurídicas, sociedades, entre outras.¹¹⁶

Compostas por regras e princípios, as normas jurídicas exprimem um dever-ser. Tal fato mostra, como argutamente observa Virgílio Afonso da Silva, que as duas espécies normativas dependem de uma prévia interpretação, não

¹¹³ *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30-31.

¹¹⁴ León Duguit, citado por Grau, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 52.

¹¹⁵ *L'Evolution du Droit*. Trad. O. de Meulenaere. Paris: Chevalier-Marescq, 1901, p. 222. Em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k113486h>>. Acesso em 06.12.2013.

¹¹⁶ Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 52.

podendo ser considerados, assim, meros objetos de interpretação, isto é, textos.¹¹⁷

Uma vez inserida no bojo da Lei Maior, cume do ordenamento jurídico de um país, uma norma passa a ser conhecida como norma constitucional.

Carlos Maximiliano ensina que a hermenêutica é “a teoria científica da arte de interpretar.”¹¹⁸ A interpretação, por sua vez, é conceituada pelo mesmo autor como o “revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.”¹¹⁹ Daniel Sarmento aponta que, de acordo com a nova hermenêutica, a interpretação jurídica não se resume à antiga visão cartesiana, que impunha nítida distinção entre o sujeito e o objeto, participando o sujeito da construção do objeto alvo da interpretação.¹²⁰ O intérprete, portanto, “reconstrói” o texto normativo,¹²¹ dando-lhe significado.

Como bem observa Roberto Dias,¹²² não é certo se falar em uma única interpretação correta e definitiva. O intérprete deve buscar que sua análise solucione todos os casos similares e não apenas o caso em concreto sobre o qual se debruça. Ademais, impõe ao intérprete considerar ainda que as relações e os valores sociais permanecem em constante mutação, devendo atentar para as condicionantes de sua época.

Com efeito, verifica-se que a interpretação pode atingir resultados diversos de acordo com o que é levado em consideração pelo intérprete. O tempo e o espaço não podem ser considerados como fatores neutros. Influenciam, de forma determinante, na análise empreendida pelo exegeta, o qual deve objetivar, no entanto, que o maior espectro possível de situações similares sejam abrangidas pelo seu raciocínio.

A interpretação que o Poder Executivo faz de uma norma jurídica objetiva o seu cumprimento, enquanto que o Poder Legislativo busca realizar sua função legiferante dentro dos limites impostos pela Constituição. O Poder

¹¹⁷ Op. cit, p. 617.

¹¹⁸ ¹¹⁸ *Hermenêutica e aplicação do direito*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p.

14.

¹¹⁹ Op. Cit, p. 24.

¹²⁰ Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete.

Em *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Organizador: Bernardo Gonçalves Fernandes. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 145.

¹²¹ Ávila, op. Cit, p. 33.

¹²² Op. Cit, p. 24.

Judiciário, por sua vez, interpreta as normas a fim de aplica-las aos casos concretos postos em juízo.¹²³

Carlos Maximiliano já considerava que os métodos de interpretação utilizados para as demais normas eram insuficientes para o vastíssimo campo do Direito Constitucional.¹²⁴

A interpretação constitucional é uma espécie de interpretação jurídica que busca a “concretização”, tendo nítido caráter criativo.¹²⁵ Esta a razão pela qual os métodos tradicionais não se mostram suficientes para solucionar os problemas no âmbito constitucional.

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito¹²⁶ complementam que, não obstante a unidade do direito, as normas constitucionais possuem natureza própria, traços peculiares que justificam a utilização de métodos de interpretação suplementares aos consagrados. Tais características particulares seriam a inicialidade fundamentante, seu conteúdo predominantemente político, a estrutura diferenciada da linguagem, sua rigidez formal e a predominância das “normas de estrutura”.

O intérprete constitucional, como agente que deve zelar pela concretude e máxima eficácia dos ditames constitucionais, não se pode fiar apenas nas tradições e inspiração originária do legislador constituinte. É seu mister encontrar na tradição e valores existentes no bojo da Constituição, a melhor compreensão possível, a fim de abarcar a máxima eficácia dos direitos fundamentais positivados.

Virgílio Afonso da Silva, divergindo do entendimento predominante, entende que os métodos de interpretação constitucional baseados em Hesse e Bockenforde teriam sido incorporados pela doutrina brasileira sem a correta apreciação, apenas para romper com os métodos de clássicos de interpretação¹²⁷.

¹²³ Melo, Celso Antonio Bandeira de, *Eficácia*, p. 52.

¹²⁴ Op. Cit, p. 379.

¹²⁵ Hesse, Konrad. *Escritos Constitucional (Selección)*. Trad. Pedro Cruz Villarón e Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2011, p. 63.

¹²⁶ Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 11-12.

¹²⁷ *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133-136.

Não há como aceitar tal objeção. Deve o intérprete constitucional empregar os métodos de interpretação tradicionais, sem descurar das especificidades que a norma constitucional apresenta.

Contudo, antes de abordar quais seriam os princípios de interpretação constitucional que Virgílio Afonso da Silva ataca, necessária breve exposição sobre o que se deve entender por princípios e regras, suas acepções e diferenciações, um caminho repleto de divergências relevantes.

A regra é considerada por Eros Grau como “direito posto” (ou seja, positivado)¹²⁸, fazendo parte, os princípios, do “direito pressuposto”¹²⁹ (o qual abrange normas, regras e princípios), não impedindo, portanto, que deles decorram regras.¹³⁰

As regras tratam de situação específica e determinada, trazendo em seu bojo os pressupostos para aplicação. Sobressai a importância de um sistema calcado em regras em razão da maior previsibilidade das decisões judiciais e a maior segurança jurídica que lhe é inerente. Ademais, sua relevância se faz sentir na mais rápida solução dos casos simples e na jurisdição de massa, permitindo que um juiz ganhe tempo e energia para se dedicar aos casos difíceis.¹³¹

Os princípios, como espécie de norma jurídica, não possuem aptidão para se colocar em posição superior a elas, nem tampouco, frente ao Direito, considerado aqui como ordenamento jurídico. Seu confronto se dá com as regras, igualmente modalidade de espécie normativa. Por outro lado, como fonte inesgotável de outras normas, os princípios não são integralmente traduzidos pelas regras.¹³²

¹²⁸ idem, p. 43.

¹²⁹ Ibidem, p. 47.

¹³⁰ Ibidem, p. 51.

¹³¹ Sarmiento, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In Bernardo Gonçalves Fernandes (org) *Interpretação constitucional – reflexões sobre a (nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 153.

¹³² Rothemburg, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 30.

Habermas¹³³ sustenta que os princípios possuem sentido deontológico, impondo a seus destinatários o cumprimento das expectativas generalizadas de comportamento.

Jorge Miranda, em sua obra “Teoria do Estado e da Constituição”¹³⁴ elenca nove características dos princípios, os quais podem ser encontrados na doutrina, quais sejam:

- A) *A maior aproximação da idéia de Direito ou dos valores do ordenamento;*
- B) *A amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras;*
- C) *A irradiação ou projeção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;*
- D) *A adstrição a fins, e não a meios ou à regulação de comportamentos;*
- E) *A versatilidade, a suscetibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo do tempo e das circunstâncias;*
- F) *A abertura, sem pretensão de regulamentação exhaustiva ou em plenitude, de todos os casos;*
- G) *A expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;*
- H) *A virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca;*
- I) *A virtualidade de oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas.*

J. J. Gomes Canotilho identifica cinco critérios adotados pela doutrina para promover a diferenciação entre regras e princípios.

¹³³ Idem, p. 78-79. Cabe lembrar que Habermas diferencia princípios de valores, os quais seriam dotados de sentido teleológico e que podem ser conceituados como “preferências intersubjetivamente compartilhadas”.

¹³⁴ 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 293.

- a) Grau de abstração: seus defensores sustentam que as regras possuem baixo grau de abstração, enquanto os princípios contariam com alto nível abstrato, sendo a diferença, portanto, quantitativa;
- b) Grau de determinabilidade: os autores que adotam essa posição asseveram que as regras podem ser aplicadas diretamente. Os princípios, por sua vez, em razão de sua vagueza e indeterminação, dependem de mediação concretizadora. Também aqui, se há de falar em diferença quantitativa, em razão da generalidade. Eros Grau, ao defender que os princípios são dotados de maior nível de generalidade quando comparado com as regras, mostra adotar este entendimento;¹³⁵;
- c) Em razão da fundamentalidade: posição mais difundida no Brasil, por meio da qual se reconhece os princípios como “mandamentos nucleares do sistema”, como doutrina Celso Antonio Bandeira de Mello¹³⁶, decorrente de sua abertura e posição hierárquica superior às demais normas (princípios constitucionais) ou importância no sistema jurídico, servindo as regras para concretiza-los¹³⁷;
- d) “proximidade” da idéia de direito: enquanto as regras são tidas como normas vinculativas, os princípios se mostram como “standards” fundados na idéia de justiça. Esta a posição de Ronald Dworkin, que considera a diferenciação entre regras e princípios como de natureza lógica, aplicando-se os primeiros no modelo “tudo ou nada”, enquanto os princípios, segundo o “peso”; e
- e) Natureza normogênica: para este posicionamento, os princípios são considerados como fundamentos das regras, ponto de partida destas, ou seja, uma distinção qualitativa.

¹³⁵ “O direito posto e o direito pressuposto”, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56.

¹³⁶ Curso de Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

¹³⁷ Dias, op. Cit, p. 29.

Esta a lição de Esser.¹³⁸ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, os quais conceituam os princípios como “regras-mestras dentro do sistema positivo”,¹³⁹ mencionando que os princípios situam-se em patamar superior às regras, ou seja, que no interior da norma constitucional haveria uma “hierarquia interna valorativa”¹⁴⁰, parecem adotar similar entendimento.

Compete densificar o entendimento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dada a grande importância do tema nos dias atuais.

2.1.1 – A POSIÇÃO DE DWORKIN

Elaborando sua teoria como uma crítica ao positivismo jurídico de Austin e Herbert Hart, Ronald Dworkin doutrina que a divergência entre os princípios e as regras é de natureza lógica,¹⁴¹ diferenciando-se “quanto a natureza da orientação que oferecem”.¹⁴² Para o autor, um sistema positivista, ou seja, dotado exclusivamente de regras, não consegue solucionar os casos difíceis, o que obriga os intérpretes, para resolver tais problemas, a recorrer a outros padrões (princípios, políticas e outros),¹⁴³ criando, assim, direito novo. Enquanto as regras possuem somente a dimensão de validade e são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”¹⁴⁴, os princípios são dotados de outra dimensão, qual seja, sua importância ou peso. Deles não decorrem consequências jurídicas automáticas, obrigando o intérprete a segui-las de imediato. Implica

¹³⁸ Citado por Ávila, op. Cit, p. 35.

¹³⁹ *Curso de Direito Constitucional*:16ª ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 98.

¹⁴⁰ Op. Cit, p. 99.

¹⁴¹ Para Virgílio Afonso da Silva, Dworkin, tal como Robert Alexy, defende a separação qualitativa entre princípios e regras (Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, em “Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, janeiro/junho de 2003, p. 609).

¹⁴² Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

¹⁴³ Op. Cit, p. 36.Vale anotar que, para o autor, “política” é o padrão que busca uma melhoria para a sociedade, enquanto “princípio” seria um padrão decorrente da moralidade, inclusive como exigência de equidade ou justiça.

¹⁴⁴ O que não significa dizer que não aceite exceções, mas apenas que a redação da regra não está completa.

dizer que o papel da discricionariedade aumenta¹⁴⁵ e o conflito entre princípios será resolvido pela força que cada um dos princípios dispõe para a melhor solução do caso concreto, por meio de interpretação.¹⁴⁶

Doutrina Virgílio que, adotando tal entendimento, um princípio não é inválido e excluído do ordenamento jurídico pelo fato de não prevalecer em um caso concreto, mas que apenas não teve o peso suficiente para prevalecer na solução da controvérsia posta, o que não impede que em outra possa vir a predominar.¹⁴⁷

Em igual sentido, Sérgio Fernando Moro, considerando os princípios como simples “standarts” que devem ser levados em conta pelo operador do direito, por versarem sobre uma gama indeterminada de situações, não permite a fixação de condições que permitam sua aplicação.¹⁴⁸ Somente perante o caso concreto pode o intérprete perceber o alcance que determinado princípio atingirá.

Com efeito, nota-se que a relação entre as regras é antinômica, enquanto a existente entre os princípios é de conflito.

2.1.2 – A POSIÇÃO DE ALEXY

Para Robert Alexy, as regras são comandos que expressam direitos e deveres definitivos, contendo prescrições que promovem efeitos nas esferas fáticas e jurídicas. Consideradas válidas, devem ser aplicadas na exata medida de suas pretensões, nem aquém, nem além do exigido. Com efeito, as regras ou são aplicadas, pois válidas, ou são inválidas e não podem incidir.

Os princípios são normas jurídicas que impõem que algo seja concretizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas presentes.¹⁴⁹ Por isso mesmo, são considerados “mandamentos de

¹⁴⁵ Discricionariedade no sentido empregado por Dworkin, ou seja, cujo padrão não é previamente estipulado por uma autoridade. Op. Cit, p. 53.

¹⁴⁶ Dias, p. 29.

¹⁴⁷ Op. Cit, p. 610.

¹⁴⁸ Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 38-39.

¹⁴⁹ Miranda, Jorge. Op. Cit, p. 296.

otimização”, podendo ser cumpridas em diferentes graus, exprimindo deveres *prima facie*.¹⁵⁰ Possível a ocorrência de colisão entre princípios, ou seja, em um dado caso concreto, quando dois princípios são colocados frente a frente, mediante o emprego da técnica do “sopesamento” um deles prevalecerá, a fim de se atingir um resultado ótimo. Eventualmente, um ou ambos os princípios poderão ser limitados para que se atinja o melhor resultado,¹⁵¹ o que não implica dizer que em outro caso concreto possa o princípio que se sobressaiu preponderar novamente, sendo tranquilo que o preterido possa superar o vencedor.

Com efeito, Alexy aponta a impossibilidade de a diferença entre princípios e regras ser resumida apenas ao caráter de “tudo ou nada”. Primeiro, em razão do diverso tratamento quanto à colisão, pois a solução no tocante as regras se dá com a invalidação de uma delas ou pela inserção de uma exceção, enquanto com relação aos princípios colidentes ocorre limitação recíproca. Depois, derivada das obrigações criadas, visto que os princípios geram obrigações *prima facie*, superáveis por outros princípios, enquanto das regras decorrem obrigações absolutas, as quais não podem ser superadas por outras normas.¹⁵²

Diferentemente do doutrinado por Ronald Dworkin, Robert Alexy sustenta que é qualitativa a diferença entre princípios e regras.

2.1.3 – A POSIÇÃO DE HUMBERTO ÁVILA

Humberto Ávila, diferenciando-se dos demais, divide a norma jurídica em três espécies. Além dos princípios e das regras, defende a existência do que denomina “postulados normativos”.

Os postulados são condições essenciais que orientam a aplicação de outras normas, inclusive das regras e dos princípios. Dirigidas aos operadores do direito, situam-se em um metanível.¹⁵³

¹⁵⁰ Dias, p. 31.

¹⁵¹ Silva, op. Cit, p. 611.

¹⁵² Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38.

¹⁵³ Op. Cit, p. 122.

O autor conceitua as regras como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”. Os princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”.¹⁵⁴

Defende Ávila que a ponderação não se configura em método para ser empregado exclusivamente em princípios. Caberia a ponderação entre regras nos casos em que as regras convivem abstratamente, mas entram em conflito *in concreto*. Esse conflito não significaria que uma das regras perde a validade, mas apenas que não deve ser aplicada em um dado caso concreto. O exemplo trazido pelo autor é esclarecedor: O artigo 1º da Lei 9.494/97, o qual veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública e as demandas por medicamentos, que exigem pronta solução. Não é possível aferir que a regra será afastada senão com o fato posto em juízo. A regra continua válida, não se aplicando no caso concreto pela avaliação subjetiva do juiz.¹⁵⁵

Virgílio critica a formulação dada pelo autor gaúcho, segundo o qual a diferença entre regras e princípios seria uma diferença no grau de abstração e que, conforme formulado, as regras não seguiriam o modelo “tudo ou nada”, devendo, assim como os princípios, ser interpretadas.¹⁵⁶ O equívoco estaria na inobservância da diferenciação texto-norma, visto que exige-se igualmente interpretação prévia para as regras e princípios. Feita a interpretação, a regra seria imediatamente subsumível, enquanto o princípio, e somente ele poderia ainda colidir com outros, exigindo sopesamento.¹⁵⁷

Vieira de Andrade aponta que o risco de uma teoria centrada em princípios é o de acarretar enfraquecimento axiológico do sistema, podendo uma errônea interpretação transformar os direitos fundamentais em “imperativos de otimização”, justificando, assim, sua teoria dos direitos imanentes (teoria interna). Em nota de rodapé, o mesmo autor cita Canotilho, o qual doutrina que o modelo a ser utilizado como paradigma deve trazer a

¹⁵⁴ Op. cit, p. 78.

¹⁵⁵ Op. Cit, p. 52.

¹⁵⁶ Op. cit, p. 615.

¹⁵⁷ Op. cit, p. 617.

combinação de regras e princípios, devendo as primeiras prevalecer sobre os segundos.¹⁵⁸

2.1.4 – INCOMPATÍVEIS AS SOLUÇÕES?

Não há dúvida sobre a incompatibilidade entre os posicionamentos que defendem a diferença entre princípios e regras pelo grau, pela lógica ou qualitativa, visto que seus pressupostos são diversos, o que não afasta a importância delas.

A concepção tradicional, qual seja, a que diferencia regras e princípios pela fundamentalidade, ao considerar os segundos como vetores de interpretação, norteiam o operador do direito de acordo com os valores eleitos pelo legislador constitucional como mais relevantes para a ordem jurídica de determinado país.¹⁵⁹

Os pensamentos de Alexy e Dworkin convergem no momento em que aceitam a ponderação para a aferição do princípio que prevalece em determinado caso concreto¹⁶⁰, o que não vale para as regras, cujo conflito deverá ser resolvido pela escolha de uma delas, afastando a aplicação da rejeitada.

Carlos Bernal Pulido aponta que, embora considerado atualmente como método elementar de aplicação jurídica dos direitos fundamentais, a ponderação sofre críticas por sua falta de precisão conceitual, que permite o arbítrio judicial, o que leva à imprevisibilidade dos resultados e à ausência de meios de comparação entre grandezas diversas, em razão da inexistência de hierarquia entre os princípios.¹⁶¹ A ponderação será melhor apreciada no tópico sobre a proporcionalidade.

Correta a lição de Virgílio Afonso da Silva, no sentido que não é a fundamentalidade, mas a estrutura normativa a responsável para a definição do que pode se considerado um princípio, uma vez que, seguindo a doutrina de Alexy, muitas normas classificadas como princípios deveriam ser consideradas

¹⁵⁸ Op. Cit, p. 288.

¹⁵⁹ Dias, op. Cit, p. 32.

¹⁶⁰ Dias, op. Cit, p. 33.

¹⁶¹ *La racionalidad de la ponderación*. Em Carbonell, Miguel (Coord). *El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 52-55.

regras.¹⁶² Contudo, tão arraigada a concepção de princípio como espécie normativa que situa-se em patamar superior que faz experientes juristas, operadores do direito habilitados, ao promover a interpretação constitucional, a utilizar uma ou outra concepção, de acordo com o que se pretende defender.

No presente trabalho, foi adotada a concepção de Robert Alexy, mais apropriada para o objetivo pretendido.

2.1.5 SOLUÇÕES EM COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Alexy defende que existindo colisão de princípios, a resolução se dá além do campo da validade, na dimensão de sopesamento,¹⁶³ por meio da ponderação de princípios contrapostos. Cada um limita o âmbito de abrangência do outro.

É possível que, em um caso concreto, utilizando o intérprete a ponderação, um princípio prevaleça totalmente sobre outro, em razão das condições fáticas e jurídicas oferecidas.¹⁶⁴

Neste ponto, remete-se ao apreciado no tópico sobre solução da colisão de direitos fundamentais, utilizando o intérprete da proporcionalidade, da aferição do conteúdo essencial, da vedação do retrocesso, entre outros.

Impende ainda assinalar que não apenas existe a colisão de princípios, ou seja, entre princípios conflitantes, podendo, inclusive, haver convergência, quando princípios concorrentes são sopesados, incidindo ambos, sem o afastamento de nenhum, para a solução de um mesmo caso concreto.¹⁶⁵

2.1.6 - SOLUÇÕES NO CONFLITO DE REGRAS

As antinomias, ou contraposição de normas ocorrem entre normas de igual ordenamento jurídico e de mesmo espectro de validade.¹⁶⁶

As antinomias *in abstracto*, ou seja, verificáveis independentemente da análise do caso concreto somente são verificadas entre as regras, jamais entre

¹⁶² Op. Cit, p. 613.

¹⁶³ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

¹⁶⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 17, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 23.03.12.

¹⁶⁵ Rothemburg, op. Cit, p. 37.

¹⁶⁶ Garcia, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

princípios ou esses e aquelas, conforme leciona Alexy.¹⁶⁷ Por sua vez, as antinomias *in concreto* somente são apreciadas em conjunto com o caso concreto, ou seja, quando os pressupostos para a incidência da norma não estão claros para saber se será a norma aplicada ou não. A elas não se aplicam os critérios clássicos de solução de antinomias¹⁶⁸, desenvolvidos por Savigny, quis sejam:

- a) cronológico: *lex posteriori derogat legi priori*
- b) excepcional: a cláusula de exceção
- c) hierárquico: *lex superior derogat legi inferiori*
- d) especialidade: *lex speciali derogat legi generali*
- e) histórico: o mais frágil deles, traz elementos sociopolíticos para o melhor entendimento da legislação moderna.

Emerson Garcia aponta, com propriedade, que no nível constitucional, os critérios cronológico e hierárquico resolvem os conflitos temporais surgidos das emendas constitucionais, não sendo válido para as normas originárias da Constituição, as quais são afetadas pelos critérios da especialidade e histórico.¹⁶⁹

Segundo Robert Alexy¹⁷⁰ é na dimensão da validade que os conflitos de regras são solucionados, por meio de uma cláusula de exceção.

Humberto Ávila como mencionado anteriormente, sustenta que o método de sopesamento pode ser empregado também para a solução de conflito de regras, uma vez que nem sempre se pode dizer que o problema do conflito de normas se resolve no plano de validade, com a retirada do mundo jurídico da regra afastada.¹⁷¹

2.2. – TEORIAS INTERNA E EXTERNA

Relevante, nesse ponto, a diferenciação das teorias interna e externa das limitações aos direitos fundamentais.

¹⁶⁷ Citado por Garcia, op. Cit, p. 249.

¹⁶⁸ Idem, op. Cit, p. 249-250.

¹⁶⁹ Op. Cit, p. 254. O autor aponta ainda, que os dois últimos critérios excepcionalmente são utilizados para as normas constitucionais que sofreram modificações formais.

¹⁷⁰ Op. Cit, p. 88.

¹⁷¹ Op. Cit, p. 52.

José Carlos Vieira de Andrade, defensor da teoria interna, pontifica que o problema dos limites dos direitos fundamentais quase sempre pode ser considerado como um “conflito prático entre valores”, os quais decorreriam dos próprios direitos ou desses e de outros valores constitucionais.¹⁷² O autor luso entende, por isso, necessária a atenção à delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental, por meio de interpretação constitucional, a fim de que seja aferido seu conteúdo e definido seu objeto. Tal balizamento busca encontrar os “limites imanentes” de um dado direito, que são suas fronteiras implícitas, previamente definidas, não admitindo novas restrições.¹⁷³

Gomes Canotilho assevera que segundo tal teoria, os limites imanentes resultariam de uma ponderação de princípios que afastam definitivamente, ou seja, *prima facie*, em um caso concreto, o direito fundamental colidente.¹⁷⁴

Aqueles que aceitam a teoria externa das limitações aos direitos fundamentais aceitam a imposição externa de novos limites além dos porventura trazidos aprioristicamente. Destarte, permite-se que o legislador infraconstitucional cuide da restrição do conteúdo do direito fundamental e, por derradeiro, busque a harmonização dos direitos, garantias e liberdades, a fim de reduzir os conflitos e colisões. de direitos. Contudo, a atuação legislativa deve respeitar outros limites, tanto formais como materiais.

Entendemos correta a segunda posição, pois afinada com os estudos de Alexy. Contudo, não se pode olvidar que as limitações criadas pelo legislador infraconstitucional deve ser pautada pelo respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental, o qual jamais pode ser atingido, sob pena de inconstitucionalidade.

2.3 - RENÚNCIA A DIREITO FUNDAMENTAL

Resta saber se seria legítima a renúncia a um direito fundamental.

A concepção clássica, presente nas Declarações de Direitos, defendia a inalienabilidade e impossibilidade de renúncia dos direitos fundamentais,

¹⁷² Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed. Coimbra: Almedina, p. 284.

¹⁷³ Martin Borowski defende que a teoria interna foi agasalhada pelo nacional-socialismo na Alemanha, ao sustentar que cabia à sociedade a construção do direito, respeitando meros limites materiais. (*La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73.

¹⁷⁴ Op. Cit, p. 1202.

considerando-os indisponíveis até mesmo ao próprio titular, em razão de ser caráter público.

Pedro Adamy, em monografia sobre o tema,¹⁷⁵ diferencia a perda, a suspensão, a limitação, o não-exercício, a desistência e a renúncia aos direitos fundamentais. Na perda de um direito fundamental, pouco importa a vontade do seu titular, é a própria Constituição que fixa objetivamente os casos de sua privação definitiva, não mais subsistindo o direito, como na hipótese da perda dos direitos políticos, descrita no artigo 15 da Lei Maior.¹⁷⁶ A suspensão implica na privação temporária de um direito fundamental, o qual não pode ser exercido pelo indivíduo enquanto pendente a condição suspensiva, como as existentes nos incisos II, III e V, durante os estados de defesa e de sítio (artigos 136 a 141) e 37, § 4º, todos da Constituição Federal; é causa que também independe da vontade do agente e é declarada pelo Poder Judiciário. A limitação, a qual também não se prende ao elemento volitivo do indivíduo, pode ter origem no próprio Texto Constitucional (os denominados “limites imanentes”, já referidos anteriormente por Vieira de Andrade), ou delegada por esta ao legislador infraconstitucional. O não-exercício revela uma expressão de vontade do titular, o qual era facultado as opções de exercer ou não um determinado direito fundamental; podendo se livremente se abster do exercício, embora certo é que nos direitos de liberdade o não-exercício se mostra também como uma parcela do exercício de um direito fundamental, como se percebe do fato de alguém se recusar a exercer a liberdade religiosa, simplesmente por não se filiar a qualquer credo. Na desistência, o titular do direito fundamental promove o exercício de seu direito, deixando supervenientemente de esgotar, por vontade própria, as possibilidades oferecidas, tal como ocorre na desistência do exercício do direito de ação. Finalmente, a renúncia se configura também uma forma de exercício de um direito fundamental, sendo uma autolimitação, de natureza autônoma, a qual exige a indispensável manifestação de vontade do seu titular. É a renúncia ainda temporária e parcial, a qual jamais poderá atingir os direitos referentes ao livre desenvolvimento da personalidade ou direitos de terceiros que possam ser

¹⁷⁵ *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-58.

¹⁷⁶ O mesmo autor aponta que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu artigo 18, permite a perda de direito fundamental pelo abuso no exercício, tornando-se o agente considerado “inimigo da Constituição”. Op. Cit, p. 31.

prejudicados pela renúncia efetuada pelo titular. A renúncia ocorreria caso permitido ao indivíduo a desistência não mais limitada a um evento, mas uma série deles.

No que toca ao presente estudo, somente há importância o que se relaciona com a renúncia aos direitos fundamentais ocorridos nas relações jurídicas entre o titular do direito e o Estado, razão pela qual não se entrará na discussão referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Como bem salienta Jorge Reis Novais ¹⁷⁷, a renúncia acarreta na vinculação jurídica do indivíduo, o qual tem seus poderes diminuídos em relação aos da entidade pública, que, por sua vez, terá reforçada sua posição em igual medida do enfraquecimento suportado pelo particular.

Novais ensina que a maioria da doutrina defende a irrelevância da diferenciação entre renúncia ao direito e renúncia ao exercício do direito fundamental, ousando discordar do posicionamento predominante, sustentando que essa doutrina confunde os planos dogmático e de interesse funcional, pois diferente estar e ser privado de um direito ou de seu exercício. Ademais, seria possível a revogação da renúncia, por não se renunciar à titularidade, mas somente ao exercício de um direito fundamental, sublinhando, contudo, que renunciada à titularidade de um direito, estaria o indivíduo, por via reflexa, também renunciando ao exercício desse mesmo direito e a revogação da renúncia não dependeria exclusivamente da vontade do indivíduo, mas inclusive de uma decisão heterônoma.¹⁷⁸

Adamy rejeita a doutrina do mestre lisboeta, neste último ponto, entendendo que, no direito pátrio, pode a renúncia da titularidade ou do exercício de um direito fundamental ser revogada pelo seu próprio titular a qualquer tempo, divergindo quanto aos efeitos da revogação da renúncia.¹⁷⁹

Jorge Reis Novais sustenta, apropriadamente, que a renúncia não deixa de ser um modo de exercício de um direito fundamental, por meio do qual o indivíduo busca a consecução dos interesses que considera relevante, configurando, em última análise, um trunfo contra o Estado, colocando-o em

¹⁷⁷ *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 224.

¹⁷⁸ Op. Cit, p. 227-231.

¹⁷⁹ Op. Cit, p. 57.

posição mais vantajosa inclusive contra a vontade da maioria, devendo prevalecer seu direito à autonomia, como expressão da dignidade humana.¹⁸⁰

No mesmo sentido, Dimoulis e Martins entendem possível a renúncia a direitos fundamentais, por não se tratar de um dever, mas sim, de um direito, o qual quase sempre é disponível, sendo irrelevante a reprovação moral ou oposição de outros indivíduos. Somente nos casos em que o direito se revela simultaneamente como um dever, com no direito ao voto dos indivíduos entre 18 e 70 anos, pode haver a imposição no exercício.¹⁸¹

O indivíduo não necessita justificar o não exercício de um direito fundamental, pois este é, em regra, dispositivo. Porém, no que toca às liberdades atribuídas aos indivíduos, o Estado tem por obrigação justificar tanto suas ações quanto suas omissões.¹⁸²

Para que se possa verificar a violação a um direito fundamental, indispensável que aquele que se julga lesado tenha buscado o exercício do direito fundamental, ou tenha sido impedido, ao menos, potencialmente de exercê-lo. Ademais, o exercício de um direito fundamental não exige uma atuação positiva, podendo, inclusive, se dar por condutas negativas.¹⁸³ Neste sentido, aquele que não possui qualquer religião está exercendo o direito constitucionalmente assegurado de liberdade religiosa, em seu aspecto negativo.

2.4 –LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há direitos veiculados por princípios que possam ser considerados absolutos.¹⁸⁴ As limitações ao âmbito de proteção de um direito podem decorrer da Constituição, leis, atos normativos, administrativos ou jurisdicionais, dentre outras. Ou mesmo, por diversos direitos, de terceiras pessoas.

¹⁸⁰ Op. cit, p. 235.

¹⁸¹ Op. Cit, p. 140-141.

¹⁸² Dimoulis, D. e Martins, L., op. Cit, 138.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Para esta afirmação, adotamos o entendimento de Robert Alexy, para quem não se pode conceber um princípio como absoluto, pois isso impediria a ponderação, pois em caso de colisão, todos os demais direitos teriam que ceder. Conseqüentemente, a dignidade humana é, para o referido autor, uma regra-princípio, imponderável. (op. Cit, p. 106).

Os direitos de primeira geração são tradicionalmente considerados como limites impostos ao Estado e objetivam garantir que esse não ingresse na esfera individual de cada indivíduo, possuindo, portanto, caráter negativo. Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda geração impõem um comportamento positivo do Estado, a fim de promover, não uma mera igualdade formal, mas sim a isonomia materialmente considerada.

Questionável a ideia de que os direitos se classificariam com fundamento nos conceitos de abstenção e prestação por parte do Estado, diferenciação baseada na doutrina do Estado Liberal. Mesmo para uma abstenção estatal se faz necessária uma série de ações, além de provisionamento econômico para sua efetivação, importando os direitos civis e políticos também em prestações positivas e, de igual forma, eventualmente os direitos sociais, econômicos e culturais demandam distanciamento do Estado para sua efetivação. Com efeito, não é correta a afirmação de que a diferença entre estes e os direitos sociais, econômicos e culturais reside em um não-fazer estatal ou em prestações, mas sim em graus.¹⁸⁵

Os direitos, mesmo os fundamentais, não podem ser exercidos de forma absoluta. As condições sociobiológicas do indivíduo e as circunstâncias sociais são limitantes ao pleno exercício dos direitos.

Para se defender algo, seja um país, grupo, indivíduo ou direito, é indispensável se conhecer as fronteiras. Quais as balizas que devem ser eleitas para o mais perfeito exercício de um direito? A pergunta atormenta a humanidade há tempos. Os limites são dados por aqueles que têm uma condição de ascendência ou poder, seja organizacional, intelectual, econômica, moral, social ou de qualquer outra forma que se reconheça a autoridade do emissor do balizamento. Assim, o conceito de limite é indissociável do conceito de autoridade.

Os limites dos direitos fundamentais não estão frequentemente claros, como no que se refere às fronteiras territoriais formadas por um acidente geográfico ou um marco claramente visível. Normalmente há uma “zona cinzenta”, onde a autoridade, legislador ou órgão jurisdicional terá que

¹⁸⁵ Abramovich, Victor; Curtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 24-25. Ademais, a mitigação de diversos direitos civis clássicos, como o da propriedade em face de sua função social, prova que o debate sobre a mera abstenção e prestação estatais nos moldes como tradicionalmente abordado encontra-se superado.

encontrar a justa medida para a preservação máxima de um direito. É comum que os titulares de direitos conflituosos busquem obter o que lhe cabe em seu máximo, necessitando de um mediador ou conciliador para a solução do litígio, o qual traçará, no caso concreto, as bordas dos direitos conflituosos.

Joaquim José Gomes Canotilho aponta a necessidade de se formular quatro perguntas para se aferir a existência real das restrições aos direitos fundamentais. A primeira, objetiva confirmar a efetiva restrição ao âmbito de atuação da norma. Em segundo lugar, busca o intérprete autorização constitucional para a restrição. A seguir, cuida verificar se a restrição procura proteger outros direitos resguardados pela Constituição. Superadas as etapas acima, deve o intérprete ou aplicador confirmar se a lei restritiva preencheu os requisitos constantes da Constituição, quais sejam: abstração, generalidade, necessidade, não retroatividade e proteção ao núcleo essencial.¹⁸⁶

2.5 - OS LIMITES AOS LIMITES

Como explicitado acima, os limites aos limites dos direitos fundamentais apenas fazem sentido para os defensores da teoria externa, visto que esta permite a criação de restrições pelo legislador.

Tais limites constituem barreiras ao exercício legislativo, impedindo restrições que impeçam a eficácia dos direitos fundamentais. As barreiras podem ser de ordem formal ou material. São suas modalidades principais a proteção ao núcleo essencial e a proporcionalidade.¹⁸⁷

Canotilho formula seis perguntas que devem ser respondidas pelo intérprete acerca da lei restritiva de direitos fundamentais, verificáveis após confirmada a existência de uma restrição e fixado o espectro de proteção: a) a lei restritiva é “lei formal e organicamente constitucional”?; b) Há autorização constitucional expressa para a fixação de limites a dado direito fundamental mediante lei?; c) a referida lei dispõe de caráter geral e abstrato?; d) tal lei

¹⁸⁶ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 422.

¹⁸⁷ Emerson Garcia (op. Cit, p. 345) parece entender que os “limites dos limites” e o “núcleo essencial” significam a mesma coisa, como se extrai do trecho a seguir: *O rompimento da linha divisória entre a limitação e a extinção somente será evitado em sendo assegurado um conteúdo mínimo aos direitos fundamentais objeto de restrição. Daí se falar em “limites dos limites” (Schrankenschränke), “conteúdo essencial” ou em “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, expressões que refletem o conjunto de interdições impostas ao legislador na produção de obrigações e interdições no domínio dos direitos fundamentais. Não concordamos com o referido posicionamento, como ficará claro nos capítulos a seguir.*

produz efeitos retroativos?; e) tal lei respeita o princípio da vedação ao excesso? E; f) a lei restritiva não violou o conteúdo essencial do direito fundamental, tanto em seu alcance como em sua extensão?¹⁸⁸

Concordamos com as cinco primeiras formulações do mestre português. Com relação à sexta indagação, qual seja, o impedimento à violação ao núcleo essencial de um direito fundamental, nosso posicionamento contrário a esse ponto será melhor explicitado nas linhas que seguem.

2.5.1 – O NÚCLEO ESSENCIAL

As restrições legislativas impostas aos direitos fundamentais não podem atingir o que pode ser chamado de seu “núcleo essencial”.

Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁹ doutrina que a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental impõe a proibição de restrições à eficácia desse direito, que poderiam suprimir seu significado para parcela ou todos os indivíduos (dimensão objetiva), o que não significa dizer que eventuais restrições estariam impossibilitadas de operar efeitos em um dado caso concreto.¹⁹⁰ Embora possível a defesa da existência de um núcleo intangível, decorrente de um valor ou a finalidade que pretendeu o legislador ou intérprete ver protegida,¹⁹¹ é comum a concepção de que a palavra “absoluto” não deve ser lida como “imutável”, podendo ser, para Claudia Drews,¹⁹² dinâmica, isto é, permitindo-se a modificação do conteúdo essencial ao longo do tempo, em razão da ocorrência natural de alterações das situações reais, não sofrendo fragilização pelos argumentos de contingências e urgências; ou estática, ou seja, não apenas imutável, como também intangível, o que não se revela um óbice para o autor, desde que se considere o conteúdo absoluto-estático como de pequena abrangência.

Vieira de Andrade¹⁹³ pontifica que o núcleo intangível é composto pela dignidade da pessoa humana, valor superior a todos os demais princípios e

¹⁸⁸ Idem, p. 423.

¹⁸⁹ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, p. 185.

¹⁹⁰ De acordo com J.J. Gomes Canotilho, a teoria subjetiva defende que em nenhum caso pode o direito subjetivo de alguém ser sacrificado. Op. Cit, p. 430.

¹⁹¹ Normalmente a proibição da tortura, como reconhece Canotilho relativamente à Constituição de Portugal., citado anteriormente.

¹⁹² Citada por Virgílio Afonso da Silva. Op. Cit, p. 188.

¹⁹³ Op. Cit, p. 306.

valores postos na Constituição. O problema que surge do raciocínio empreendido pelo doutrinador português, bem identificado por Virgílio,¹⁹⁴ é que somente a dignidade humana teria, portanto, um núcleo realmente absoluto, uma vez que todos os demais direitos a este princípio se reportariam, conseqüentemente, tendo um conteúdo essencial relativo, o que permitiria inclusive a sua integral restrição em alguns casos concretos. Ademais, o sempre lembrado problema da banalização da dignidade humana, decorrente da hipertrofia do princípio em razão das inúmeras decisões que a invocam, sem um critério previamente definido e, se esquecendo dos demais direitos que poderiam ter sido invocados para a proteção no caso concreto, gera o descrédito da garantia constitucional.

Já os adeptos das teorias que defendem a existência de um relativo núcleo essencial,¹⁹⁵ rejeitam o balizamento fixo e previamente definido para cada direito fundamental, sendo definido frente ao caso concreto posto em discussão. A versão predominante, que parece ter a simpatia de Virgílio Afonso da Silva, é a que liga o conteúdo essencial relativo à aplicação da regra da proporcionalidade, pouco importando a intensidade da restrição imposta, mas sim a fundamentação realizada para justificar a restrição.¹⁹⁶

Alexy também defende a existência de uma teoria do conteúdo essencial relativo. Para o autor tedesco, “o conteúdo essencial é o que resta de uma ponderação.”¹⁹⁷

Para seus defensores, é possível a autolimitação de um direito pela vontade do agente nos casos de direitos disponíveis. Mister que seja a vontade livre e esclarecida, além de permitida pela ordem jurídica. Nestes casos, somente possível o afastamento da autolimitação caso vilipendiado o núcleo rígido do direito, não se aplicando, no caso, a proporcionalidade.¹⁹⁸

Destaca-se ainda o posicionamento de Dimoulis e Martins, contrários à existência de um núcleo essencial no Direito Constitucional pátrio, em razão da falta de disposição constitucional específica, como existentes em outros países.

¹⁹⁴ Op. Cit, p. 192-193.

¹⁹⁵ Como Von Hippel, citado por Virgílio. Op. Cit, p. 196.

¹⁹⁶ Idem, p. 202.

¹⁹⁷ Op. Cit, p. 288.

¹⁹⁸ No mesmo sentido, Andrade, op. Cit, p. 335.

Neste ponto, observa-se a existência de na Alemanha (art. 19, II), Espanha (art.53, 1) e em Portugal (art. 18, 2 e 3).

A razão está com os autores citados imediatamente acima. Não há que se falar em um núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao menos no que se refere ao sistema constitucional pátrio. Conseqüentemente, a aplicação dos limites dos limites no Brasil não se aplica em sua inteireza, ao contrário do que se verifica nos países europeus mencionados. As colisões serão resolvidas por meio da aplicação da proporcionalidade, como exposto a seguir.

2.5.2 - A PROPORCIONALIDADE

Roberto Dias¹⁹⁹ doutrina que a regra da proporcionalidade indica o caminho a ser percorrido pelo intérprete para resolver as colisões entre as normas veiculadoras de direitos fundamentais, reduzindo as arbitrariedades e subjetividades, permitindo um melhor controle da atuação do operador do direito.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins entendem a proporcionalidade como “limite material imposto por excelência ao poder do Estado de restringir a área de proteção de um direito fundamental”.²⁰⁰

A origem remota da proporcionalidade é encontrada no Código de Hamurabi (1780 antes de Cristo) e no Livro do Êxodo (Antigo Testamento), capítulo 21, versículos 23 a 25, por meio do que se conhece como Talião, derivado da palavra latina *talionis*, significando idêntico, tal, igual. Atualmente visto como terrível, à sua época representou grande inovação, ao promover a retribuição do mal praticado na sua exata medida, por meio da pena a ser aplicada.²⁰¹

Na Grécia Antiga, Aristóteles²⁰² demonstrou no Livro V da *Ethica Nicomachea* conhecimento da proporção, definindo-a como uma igualdade de razões, enquanto o justo seria um termo proporcional, o meio-termo, a justa medida, em suma, a justiça, imposta pela razão e considerada a maior dentre

¹⁹⁹ *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 48-49.

²⁰⁰ Op. Cit, p. 191.

²⁰¹ Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2001, p. 36.

²⁰² *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães, 5ª ed., 10ª reimp. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 105.

todas as virtudes.²⁰³ O injusto é tudo aquilo que viola a proporção, seja quando o desequilíbrio surja da ansiedade por um bem maior, seja pela ação para que obtenha um mal menor.²⁰⁴

Pode ser dito que, em sua formulação moderna, a proporcionalidade remonta às teorias jusnaturalistas surgidas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII, quando se desenvolveu a possibilidade de oposição dos direitos individuais frente ao Estado, como tentativa de controle do poder estatal, atingindo a configuração atualmente aceita com base na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, por meio de decisão proferida em 16 de março de 1971 pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 30:292).²⁰⁵

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins esclarecem que a origem da proporcionalidade em Portugal e no Brasil decorre de uma harmonização das fontes díspares norte-americana, sobre a razoabilidade, e da Europa Continental, notadamente da Alemanha, sobre a proporcionalidade, acarretando em um sincretismo de pouca utilidade dogmática.²⁰⁶

Suzana de Toledo Barros²⁰⁷ leciona que o princípio da proporcionalidade, em seu modelo alemão, corresponde ao princípio da razoabilidade, desenvolvido nos Estados Unidos da América mais de cinquenta anos antes, considerando os operadores do direito os valores sociais e os benefícios e custos sociais da medida restritiva de direitos. Seu posicionamento influencia diretamente o Supremo Tribunal Federal, o qual não costuma desmembrá-los, como se nota na decisão liminar proferida nos autos do Habeas Corpus 76.060-4, Habeas Corpus 115.815, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.143, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 682.418, entre vários outros.

Assim, a fim de melhor sistematizar o presente estudo, primeiro deve ser atingido o sentido da razoabilidade, passando necessariamente pelo devido

²⁰³ Reale, Giovanni e Antiseri, Dario. *História da Filosofia- vol 1*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003, p. 220.

²⁰⁴ Aristóteles, op. Cit, p. 106.

²⁰⁵ Barros, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 46. A origem jusnaturalista é criticada por Dimoulis e Martins, os quais defendem a origem germânica. Op. Cit, p. 186.

²⁰⁶ Op. Cit, p. 185.

²⁰⁷ Op. Cit, p. 57 e 65.

processo legal e sua divisão, para somente após ser abordada a proporcionalidade como aceita constitucionalmente.

Jorge Miranda²⁰⁸ elenca diversas acepções da razoabilidade: “pode equivaler a adequação à *ratio Constitutionis*, a harmonia de valorações, a proporcionalidade, a respeito do processo equitativo (*due process of law*). Ou pode significar não já adequação teleológica, mas sim adequação lógica, coerência interna da lei, razoabilidade imanente.”

Luis Roberto Barroso²⁰⁹ defende que a razoabilidade teve origem na cláusula do *due processo of law*, constante da *Magna Charta Libertatum*, imposta pelos barões feudais ao Rei João Sem Terra em 1215, que após, foi transplantada para os Estados Unidos da América em 1791, quando inserida na Constituição do novel país, por meio das emendas 5^a e 14^a.

Virgílio Afonso da Silva²¹⁰ contesta a origem indicada pelo doutrinador fluminense, afirmando, com fundamento nas lições de Willis Santiago Guerra Filho, que não se fala em razoabilidade na Inglaterra, mas sim em irrazoabilidade, a qual somente teria surgido em 1948, em decisão proferida no Caso *Wednesbury*, o que faz com que mesmo algo irrazoável possa se mostrar proporcional ou não, apontando como exemplo o julgado *Smith and Grady vs. United Kingdom*, da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Parindo do pressuposto da origem da razoabilidade conforme ensina o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, cabe assim, tecer alguns comentários sobre o devido processo legal.

Como ensina Celso Ribeiro Bastos²¹¹, o devido processo legal “é mais uma garantia do que propriamente um direito”, que busca impedir que o Estado prive arbitrariamente o súdito de seus bens ou liberdade sem que se instaure e conclua-se o procedimento legalmente previsto.

A doutrina separa a garantia do devido processo legal em duas partes, correspondentes ao *procedural due process*, que exige o preenchimento de condições rituais, e o processo legal substancial (*substantive due process*), que impede a adoção de práticas estatais arbitrárias.

²⁰⁸ *Teoria do Estado e da Constituição*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 454.

²⁰⁹ Citado por Dias, Roberto, op. Cit, p. 49.

²¹⁰ *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, vol. 798. São Paulo, 2002, p. 29..

²¹¹ Bastos, Celso; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil, vol II*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 261.

Roberto Dias explica a abrangência inicial do instituto, inicialmente planejado para incidir sobre a esfera penal, mas depois evoluído para produzir seus efeitos inclusive nos âmbitos civil e administrativo:

“O devido processo legal se mostrou inicialmente como uma garantia processual (procedural due process), que assegurava o direito ao contraditório, à ampla defesa, bem como o direito de ninguém ser julgado, senão por um juízo pré-constituído e competente para analisar o caso, e somente por fato definido anteriormente como crime, e com pena previamente estabelecida em lei. Também como decorrência do procedural due process surge o direito de ser assistido por um advogado e ter acesso ao Judiciário, mesmo sem possuir recursos financeiros para tanto.”²¹²

Já o *substantive due process* como leciona Canotilho²¹³, não se limita a reconhecer a exigência de um processo justo, sendo desejável ainda que seja o processo “legal, justo e adequado”. Na Suprema Corte norte-americana, o *Justice Holmes*²¹⁴ assentou que o devido processo em sua veia substantiva, obriga que as leis mantenham relação substantiva com o objetivo pretendido, o que implica dizer que devem guardar a razoabilidade entre os meios e os fins almejados, que devem também ser legítimos.

O Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063, asseverou que “a essência do *substantive due process* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.”

Os escritos de Roberto Dias²¹⁵ trazem ótima perspectiva sobre a evolução do devido processo em sua vertente substantiva nos Estados Unidos

²¹² Op. Cit, p. 50.

²¹³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 462.

²¹⁴ Citado em voto do Ministro Carlos Veloso na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1250, relatada pelo Ministro Moreira Alves.

²¹⁵ Op. Cit, p. 51.

da América do Norte, a qual se deu em três diferentes fases. A primeira, iniciada no fim do século XIX e que se estendeu até a terceira década do século XX, marcada por um posicionamento nitidamente liberal da Suprema Corte, preconizando o afastamento do Estado dos assuntos privados, em especial na seara econômica. Depois, com o desenvolvimento do *Welfare State* nos Estados Unidos da América, bem como com um retorno à intervenção econômica estatal, fruto do *New Deal* e de uma nova postura da Suprema Corte, que passa a não mais analisar o mérito de normas de conteúdo econômico, afastando o argumento do devido processo. Finalmente, a partir da década de 1950, a orientação se altera pela adoção da distinção entre liberdades de cunho econômico e não econômico. Nas primeiras, fica mantida a posição não intervencionista da Suprema Corte, deixando as questões econômicas para os órgãos competentes. Por outro lado, nos assuntos relativos às liberdades pessoais, notadamente as que envolvem liberdades de religião e de expressão, a atuação judicial voltou a se intensificar, com respaldo no devido processo legal substantivo, como será visto mais adiante.

Não obstante o entendimento de Suzana de Toledo Barros sobre a não recepção pelo sistema constitucional brasileiro da razoabilidade,²¹⁶ parece correto o posicionamento de Roberto Dias,²¹⁷ que admite a encampação tácita da referida regra no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, o que vem corroborado pela orientação do Supremo Tribunal Federal nos casos já apontados.²¹⁸

José Adércio Leite Sampaio²¹⁹, discordando de Suzana de Toledo Barros, aponta que não se pode confundir os dois princípios, uma vez que a razoabilidade se liga à ideia de igualdade, ou ainda, ao devido processo legal, como um critério não positivado de averiguação da conduta do legislador, a fim de confirmar se a atuação desse encontra-se de acordo com os ditames constitucionais.²²⁰ Por meio da razoabilidade, o magistrado efetua o controle

²¹⁶ Op. Cit, p. 66.

²¹⁷ Op. Cit, p. 52.

²¹⁸ Dimoulis e Martins entendem que a proporcionalidade tem como fundamentos constitucionais os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Lei Maior. Op. Cit, p. 193.

²¹⁹ *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 803.

²²⁰ *Idem*, p. 800.

dos efeitos da decisão, como uma “válvula de segurança”, contra a discricionariedade que a questão posta apresenta.²²¹

No mesmo sentido da segunda observação do jurista mineiro, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos²²² entendem o princípio da razoabilidade como “parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas”, utilizado para a medida ou como instrumento de aferição da observância de outras normas.

Nos Estados Unidos da América, a razoabilidade serviu de embasamento para a manutenção da situação discriminatória dos negros²²³, bem como motivou a esterilização forçada de uma mulher com problemas mentais²²⁴, revelando que os valores que parecem razoáveis para uma dada sociedade em um certo período pode não ser aceitável em momento histórico diverso.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Rodrigues de Alkmin, relator para o acórdão proferido na Representação 930, a qual versou sobre lei regulamentadora para o exercício da profissão de corretor de imóveis, aponta os critérios a ser adotados para a aplicação da razoabilidade, quais sejam, a adequação, a proporcionalidade, justificação e restrição.

Virgílio Afonso da Silva²²⁵ critica os defensores da razoabilidade como proporcionalidade, a qual seria mais ampla, pois a correlação entre os meios empregados e os fins pretendidos (razoabilidade interna) e a legitimidade dos últimos (razoabilidade externa) somente fariam frente ao primeiro dos requisitos da regra da proporcionalidade (a adequação), o qual não se baliza por mera análise dos meios e objetivos.

Os critérios apontados pelo notável julgador Rodrigues de Alkmin guardam grande semelhança com aqueles apontados pela doutrina alemã, bem como por Suzana de Toledo Barros e Virgílio Afonso da Silva no que se refere aos requisitos para a aplicação da regra da proporcionalidade, quais sejam: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito,

²²¹ Idem, p. 802.

²²² *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*, in: LEITE: George Salomão. Dos Princípios Constitucionais. Malheiros: 2003, p. 109.

²²³ Dred Scott v. Sandford. 60 US 393 (1857)

²²⁴ Buck v. Bell – 274 US 200 (1927)

²²⁵ Op. Cit, p. 33.

os quais, segundo os ensinamentos desse último, devem ser aplicados sequencialmente, existindo uma relação subsidiária entre eles,²²⁶ o que não costuma ser observado pelos julgadores, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.

Virgílio²²⁷ menciona ainda que, embora dominante a divisão tripartida, existem ainda o fracionamento bipartido, adotado por Pieroth e Schlink²²⁸, que excluem da apreciação a proporcionalidade em sentido estrito²²⁹, bem como a doutrina baseada na Corte Europeia de Direitos Humanos, que defende, além dos três elementos mencionados, o acréscimo da legitimidade dos resultados pretendidos como requisito necessário para análise da proporcionalidade.

Suzana de Toledo Barros explica que a doutrina alemã, a qual utiliza as expressões “proibição do excesso” e “proporcionalidade” indiscriminadamente, define em sentido amplo a proporcionalidade não apenas como uma relação harmoniosa entre meios e fins, mas também a adequação destes e a sua utilidade para a obtenção do desejado equilíbrio.

A adequação significa a aptidão do meio empregado para se atingir o fim desejado. Pouco importa se o resultado pretendido seja realmente obtido em sua integralidade, basta a idoneidade do meio para que o fim possa ser realizado. Virgílio Afonso da Silva fala em meio viável para o fomento ou promoção do resultado, no que está correto, pois o estímulo decorrente do ato pode ser suficiente para considera-lo idôneo²³⁰.

O controle acerca da adequação parte da presunção de constitucionalidade das leis. A norma pode se mostrar inadequada abstratamente; porém o mais comum é que no caso concreto se verifique o problema. Para se averiguar a idoneidade de uma lei restritiva de direitos fundamentais, mister seja observada sob o prisma negativo. Assim, somente quando inadequada para o objetivo almejado, deve a norma ser afastada.

²²⁶ Op. Cit, p. 35.

²²⁷ Op. Cit, p. 36.

²²⁸ *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

²²⁹ No mesmo sentido, o voto do Ministro Nery da Silveira na Ação Declaratória de Constitucionalidade 6, na qual aponta, para a edição da medida provisória motivadora do ajuizamento do feito objetivo, relativa ao racionamento de energia elétrica, o preenchimento dos requisitos da adequação e da necessidade.

²³⁰ Op. Cit, p. 37.

Não obstante o entendimento predominante, no sentido de que o juízo de adequação deve retroagir ao momento da edição da lei²³¹, é possível que se considere inidônea a lei restritiva de direitos fundamentais, levando-se em conta o momento de sua aplicação, uma vez que os valores sociais que regem uma Constituição podem se alterar com o transcurso do tempo, tornando algo que se mostrava adequado em determinada época, inidôneo para a sociedade atual.

Caso editada lei superveniente menos restritiva que revele a inidoneidade do modelo anterior, não há que se falar em um problema de adequação, a ser examinada de forma absoluta, mas sim violação do requisito da necessidade, como se verá a seguir.

O segundo elemento da proporcionalidade é a necessidade. Considera-se necessária a medida estatal restritiva de direitos fundamentais quando “indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”²³².

Com efeito, nota-se um juízo comparativo entre duas ou mais medidas restritivas, onde aquela escolhida não deverá extrapolar os limites indispensáveis para se atingir o objetivo pretendido, buscando-se sempre que seja a menos nociva possível para o indivíduo que teve seu direito fundamental restringido.

Para se aferir a necessidade de uma medida, indispensável a identificação do direito a ser restringido, bem como a posterior busca dentre as alternativas possíveis, da menos prejudicial relacionada ao direito que se pretende limitar.

Finalmente, ultrapassando a medida restritiva as duas etapas já apreciadas, tidas por Robert Alexy como “mandamentos de otimização relativos às possibilidades fáticas”²³³, deve ainda a limitação se mostrar proporcional.

A proporcionalidade em sentido estrito implica dizer que, para se descobrir se a medida é proporcional, deve ser feito o sopesamento entre os ônus decorrentes da restrição e a vantagem auferida com a imposição da

²³¹ Barros, op. Cit, p. 78.

²³² Idem, p. 79.

²³³ Op. Cit, p. 86.

limitação. Considera-se, no caso, a relação custo-benefício da restrição.²³⁴ Caso a restrição ao direito fundamental, mesmo que seja de mínima monta, não se revele plenamente justificável, não passa a limitação pelo crivo da proporcionalidade.

Pode a violação da proporcionalidade *stricto sensu* decorrer de uma restrição que, embora garanta um dado direito, afete reflexamente outro direito fundamental, evidenciando-se, assim, uma colisão de direitos.²³⁵

Em última análise, busca a sub-regra da proporcionalidade estrita a repartição equitativa dos ônus, os quais serão objeto de sopesamento pelo operador do direito.

Destarte, trata-se a proporcionalidade em sentido estrito de um mandamento de otimização relativo às possibilidades jurídicas, como acentuado por Suzana de Toledo Barros.²³⁶

Carlos Ayres Britto²³⁷ percebe a proporcionalidade como um “princípio constitucional *inexpresso*, do tipo instrumental”... “decorrência lógica do tensionamento daqueles princípios materiais que se definem por contraposição”, prestando-se para que o juiz, por meio do sopesamento, busque a aproximação do valor dos valores, qual seja, o princípio democrático

Contudo, nos casos concretos, muitas vezes o julgador precisará se valer da proporcionalidade para a solução do problema posto em juízo.

A ponderação, método adotado para a solução das colisões entre princípios constitucionais, como visto anteriormente, é necessária para se encontrar o núcleo essencial de um dado direito fundamental. Como leciona Alexy, nela há uma relação inversamente proporcional entre a restrição a um princípio e a satisfação de outro.²³⁸

A ponderação pode ser dividida em três passos: na primeira, há a definição do grau de afetação ou não satisfação de um princípio; na segunda, é definida a importância da satisfação do princípio colidente; e por último, o

²³⁴ Dias, op. Cit, p. 55.

²³⁵ Barros, op. cit, p. 83.

²³⁶ Op. Cit, p. 84.

²³⁷ *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 197.

²³⁸ Op. Cit, p. 91.

intérprete verifica se a satisfação de um dos princípios colidentes justifica a não satisfação ou restrição do outro.²³⁹

De todo o exposto, entendemos como adequada a aplicação da proporcionalidade em sua formulação trinária, servindo a ponderação como o método por excelência para a solução das colisões entre princípios constitucionais.

²³⁹ Alexy, Robert. *La fórmula del peso*. Em Carbonell, Miguel (Coord). *El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p.18.

3 – LIBERDADE RELIGIOSA E DE EXPRESSÃO

3.1 – LIBERDADE

A liberdade, segundo Paulo Ferreira da Cunha, é um sentimento quase inato, de fácil compreensão e uma expressão polissêmica e ambígua.²⁴⁰ Porém, “não é a classificação legal e aditiva de um punhado de liberdades que nos faz mais ou menos livres.”²⁴¹

Considerada por Celso Bastos como exacerbação da autonomia individual²⁴² ser livre foi definido por Pontes de Miranda como a não sujeição à outrem.²⁴³

Isaiah Berlin doutrina que duas são as concepções sobre a liberdade. A primeira, positiva, identifica-se com a condução do ser humano por si próprio, no sentido de autodeterminação,²⁴⁴ que se mostra contrária ao pluralismo. A ideia de liberdade negativa decorre do desejo de reconhecimento do indivíduo como livre, como ser incluído na sociedade em que vive; o perímetro reconhecido no qual pode fazer algo como lhe aprouver, sem a interferência dos demais,²⁴⁵ sendo considerada neutra quanto aos caminhos que o indivíduo queira percorrer.²⁴⁶ Este espaço é balizado pelas leis, sendo que estas devem permitir uma margem livre para a atuação individual.²⁴⁷

A liberdade aflora a autonomia de uma pessoa, permitindo que os beneficiários possam agir ou não, de acordo com a própria vontade.²⁴⁸

Por outro lado, não há como se falar em autonomia do indivíduo sem levar em consideração a responsabilidade.

²⁴⁰ Res Publica Ensaio Constitucional. Coimbra: Almedina, 1998, p. 15.

²⁴¹ Idem, p. 23.

²⁴² Comentários à Constituição Do Brasil, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 16.

²⁴³ Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 321.

²⁴⁴ *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Tradução: Ángel Rivero Rodriguez. Madrid: Alianza, 2001, p. 60-61.

²⁴⁵ Op. Cit, p. 47.

²⁴⁶ Dworkin, Ronald. Op, cit, p. 411.

²⁴⁷ Berlin, op. Cit, p. 50.

²⁴⁸ Levinet, Michel. *Théorie générale des droits et libertés*, 4ª edição. Bruxelas: Nemesis, 2012, p. 62.

A proibição do anonimato no caso previsto no inciso IV do art. 5º objetiva a identificação do emissor a fim de viabilizar atos subsequentes tendentes à responsabilização. Do mesmo modo, o inciso V do mesmo artigo garante a possibilidade de responsabilização por danos decorrentes do uso abusivo de liberdades.

O excesso decorrente do exercício do direito à liberdade pode ensejar, inclusive, responsabilidade nos âmbitos administrativo, civil, e penal.

A liberdade deve ser entendida como a liberdade na discordância, uma vez que com o que se concorda desnecessário apontá-la.²⁴⁹

O conceito de liberdade evoluiu a partir do conflito de sujeitos fortes e fracos, do desejo de liberdade religiosa (depois ainda da opinião e da consciência) e da liberdade do indivíduo sobre o próprio corpo e seus bens²⁵⁰, deixando os súditos de serem vistos como simples sujeitos de deveres, mas passando a serem considerados como verdadeiros titulares de direitos.

Como visto quando abordada a questão dos limites dos direitos fundamentais, a liberdade também sofre diversos balizamentos. Jean Jacques Rousseau não estava certo ao defender a liberdade ilimitada. A liberdade somente pode seguir até encontrar algo que se oponha de modo intransponível. O exemplo da Revolução Francesa e a “fase do terror” ilustram o exposto neste parágrafo. Ao defender sua liberdade, determinados grupos passaram a esmagar as liberdades alheias, sem perceber o choque entre as liberdades própria e dos demais. Assim agindo, esqueceram-se os revolucionários da lição de Voltaire, do respeito devido àquele indivíduo com o qual não se concorda.

Duverger,²⁵¹ doutrina que as liberdades públicas, em seu sentido político, se dividem em liberdades-limites e liberdades-oposição. As primeiras impedem o Estado a interferir no domínio privado dos indivíduos. Exemplos dessa modalidade são as liberdades religiosa e de pensamento. As segundas

²⁴⁹ Cunha, p. 24.

²⁵⁰ Alessandra Facchi, *Breve história dos Direitos Humanos*. Tradução de Silva Debetto C. Reis. São Paulo, Loyola, 2011, página 24.

²⁵¹ Citado por Almeida, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 31

indicam meios de atuação dos indivíduos para evitar ações abusivas dos órgãos estatais, como as liberdades de reunião e de associação.

3.1.1 – HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES RELIGIOSA E DE EXPRESSÃO NO BRASIL

Claudio Lembo,²⁵² ao apreciar período anterior à proclamação da independência do Brasil, ensina que as Ordenações do Reino apresentavam diversos princípios que foram observados pelas diversas Constituições que já vigoraram neste País, tais como o da anterioridade da lei penal, da certeza do direito (segurança jurídica), do devido processo legal, do juiz natural, da publicidade, entre vários outros.

Mesmo sendo um direito fundamental expressamente mencionado na Constituição Federal, o tema da liberdade de expressão não foi suficientemente explorado no Brasil e frequentemente, os estudos realizados limitam-se à liberdade de imprensa e sua regulação, o que se mostra insuficiente.

No que se refere de importância ímpar à liberdade religiosa, percebe-se que as Ordenações Manuelinas, ao impor a igualdade perante a jurisdição real, findaram com a situação discriminatória anteriormente imposta aos judeus. Contudo, a colonização inicial do Brasil, por meio das capitânicas hereditárias (modelo similar ao sistema feudal) e a vinda dos jesuítas da Companhia de Jesus, ambas idealizações de Diogo de Gouveia²⁵³ o que propiciou catequização forçada dos gentios, mostra a intolerância com as crenças dos povos nativos destas Terras.

O fracasso das capitânicas, uma vez que somente as de Pernambuco e de São Vicente prosperaram, fez a Metrópole enviar Tomé de Souza como Governador Geral, o qual editou um regulamento, de caráter punitivo, considerado o pioneiro documento normativo a ser imposto na então Colônia.

²⁵² *Proto-História dos Direitos Fundamentais no Brasil em Princípios Constitucionais Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. Coordenação de Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. São Paulo: Lex, 2005, páginas 287/288.

²⁵³ Conforme Calmon, Pedro. *História do Brasil – volume 1*, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, p. 134-135.

Tal documento trouxe breve referência à religião, o que alimenta a defesa da conversão dos seus habitantes ao catolicismo como uma das causas do povoamento do Brasil.

O Tribunal da Inquisição não chegou a ser instalado no Brasil. Os processos aqui instaurados eram remetidos para Lisboa, assim como os indivíduos que incorressem em violações aos preceitos canônicos.²⁵⁴ A intolerância religiosa presente no continente europeu foi trazida pelos portugueses para a então Colônia, o que, juntamente com a escravidão, imposta primeiro aos indígenas, depois aos indivíduos vítimas de tráfico vindos da África, limitava a liberdade de consciência.

As diversas revoltas que ocorreram durante o período anterior à formação do Império no Brasil evidenciam o desrespeito aos direitos dos que aqui habitavam. As violações de direitos não se limitavam à agressão à liberdade religiosa, passando por restrições variadas, muitas envolvendo a liberdade de pensamento e o direito de propriedade.

Felipe Chiarello de Souza Pinto²⁵⁵ aponta que não houve no Brasil, enquanto colônia portuguesa, nenhuma tentativa tipográfica. Naquele momento histórico, até mesmo a entrada de livros no território colonial era dificultada. Somente com a chegada da família real e sua corte, já no início do século XIX, houve uma maior abertura na área de comunicação.

A declaração de independência, feita por Pedro I não alterou o panorama no que se refere à triste situação da liberdade de religião no Brasil. A Constituição do Império, promulgada em 1824, trouxe a religião Católica Apostólica Romana como oficial, enquanto às demais religiões era facultado o culto meramente particular ou doméstico. A limitação constitucional quanto à arquitetura dos templos religiosos foi uma das marcas da Carta Imperial. Por força do artigo 5º, os templos de religiões diversas da fé oficial não poderiam

²⁵⁴ Calmon fala do caso da denúncia ao Santo Ofício de Pêro do Campo Tourinho, capitão-mor da Capitania de Porto Seguro, feita por João Barbosa Pais, em 13 de setembro de 1543. Op. Cit, p. 201.

²⁵⁵ *Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 85-86.

revelar por seu exterior a natureza de sua destinação,²⁵⁶ o que restringiu sobremaneira o desenvolvimento de outras crenças.

Aliás, não obstante considerada religião oficial, não era cômoda a situação da Igreja Católica, uma vez que sua autonomia foi amplamente reprimida. A ideia de manter os religiosos como servidores públicos, obrigava a Santa Sé a somente nomear alguém com o beneplácito do Imperador, bem como vinculava os “funcionários religiosos do Estado” às regras aplicáveis aos demais serventúrios, inclusive no dever de obediência ao monarca, o que levou ao episódio histórico que ficou conhecido como “Questão Religiosa”.²⁵⁷

Contudo, o Princípio da Legalidade (chamado de “Liberdade” por Pontes de Miranda) já se fazia presente, sendo depois copiado nos demais textos posteriores, com exceção da Carta de 1937, de inspiração fascista. Da mesma forma, o Princípio da Igualdade também constava da Lei Maior, permanecendo, com algumas variantes, até os dias atuais.

Nos seguintes termos se expressou Pontes de Miranda:

*A Constituição do Império, embora monárquica, enunciou os princípios de igualdade e de liberdade, em termos que, ao tempo em que foi feita, honrou o país, e serviu de modelo a Constituições europeias.*²⁵⁸

Não existia, contudo, igualdade entre brasileiros e estrangeiros.

Importante notar que a religião oficial era requisito constitucionalmente previsto para a capacidade eleitoral passiva.²⁵⁹

A Constituição Imperial, de 1824 cuidou da livre manifestação do pensamento em seu artigo 179, inciso IV. Nele, o constituinte fez constar que a comunicação dos pensamentos era livre, e a publicação destes era

²⁵⁶ “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fóma alguma exterior do Templo.”

²⁵⁷ Carraza, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 505-506.

²⁵⁸ Miranda, obra citada, página 633.

²⁵⁹ Assim constava na Constituição Imperial: *Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se (...) III: Os que não professarem a Religião do Estado.*

independente de censura, sujeitando-se o indivíduo, porém, a responder pelos abusos decorrentes do exercício do direito, conforme disposição legal.

A partir da Proclamação da República, primeiro pelo Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890 e depois pelo Constituição de 1891, foi eliminada a consideração de uma religião oficial. Ademais, a limitação arquitetônica da forma exterior dos templos deixou de existir, deixando livre a escolha para cada instituição religiosa. A intervenção do Estado na liberdade de culto religioso, subvencionando tais atividades ou criando embaraços ao seu exercício, também foi obstada. Adicionalmente, a aquisição de bens pelas instituições religiosas, anteriormente vedada, restou permitida. Impediu-se ainda o estabelecimento de aliança das igrejas ou cultos com os entes, bem como qualquer relação de dependência ou com a União ou os Estados.

Os cemitérios passaram a ter sua administração sob a responsabilidade dos Municípios, sendo a eles imposto o dever de secularidade, ficando permitida em seu interior a prática dos respectivos ritos religiosos, os quais ficavam limitados pelas leis e pelo vago conceito a ser atribuído à expressão moral pública.

O ensino público passou a ser leigo.

A crença ou função religiosa não poderiam ser considerados como motivos para privação dos direitos civis e políticos de cidadão brasileiro, nem tampouco se prestavam para eximi-lo do cumprimento dos deveres cívicos, conforme os ditames do parágrafo 28 do artigo 72.

A razão para o grande número de dispositivos constitucionais versando sobre a liberdade religiosa na primeira Constituição Republicana foi a tão aguardada secularização do Estado brasileiro, surgida com a separação do Estado e da Igreja, uma das maiores conquistas da Lei Maior de 1891. A partir desse instante histórico, o Brasil se alinhou ao pensamento constitucional vigente na maioria dos países ocidentais, os quais já haviam adequado seus ordenamentos jurídicos para garantir a laicidade estatal e a liberdade religiosa em favor dos seus cidadãos.

Este rompimento entre o Estado e a religião foi mantido pelas Constituições subsequentes, demonstrando o acerto do constituinte da pioneira Carta Republicana.²⁶⁰

A Constituição Republicana, de 1891 trouxe ainda, em seu artigo 72, parágrafo 12, redação similar ao Texto Imperial. A grande novidade introduzida foi a vedação ao anonimato.

Contudo, como bem observa Felipe Chiarello, não obstante formalmente inexistente a censura, não havia possibilidade de críticas ao governo.²⁶¹

Corolário da Revolução Constitucionalista de 1932, a Constituição de 1934, primeira da Era Vargas, manteve as linhas gerais trazidas pelo Documento anterior, com o acréscimo de alguns dispositivos que merecem destaque.

Estabeleceu a Lei Maior que a personalidade jurídica das associações religiosas seria adquirida de acordo com a lei civil.

Facultou a colaboração recíproca entre Igreja e o Estado, nos casos em que presente interesse coletivo. Ademais, a assistência religiosa nos estabelecimentos oficiais, como expedições militares, hospitais e presídios, desde que solicitada pelo interessado e sem a imposição de ônus para a Administração, bem como que no primeiro caso somente possível se realizada por brasileiro nato, foi permitida.

Inovando em relação ao Texto Magno anterior, admitiu-se a existência de cemitérios particulares das associações religiosas, os quais restariam sujeitos à fiscalização pelas autoridades competentes. Adicionalmente, fixou-se limitação constitucional que, na inexistência de cemitério secular no local, a entidade religiosa mantenedora do cemitério ficaria impossibilitada em recusar o fornecimento de sepultura aos não seguidores da religião.

²⁶⁰ O uso da expressão “Carta” no presente estudo não traz qualquer sentido de Constituição outorgada, sendo utilizado como sinônimo de Constituição.

²⁶¹ Op. Cit, p. 86.

No que diz respeito ao ensino de educação religiosa nos estabelecimentos educacionais, restou assentado constitucionalmente que este seria de frequência facultativa.

A perda dos direitos políticos por descumprimento de serviço ou ônus legalmente imposto a todos, sob alegação de contrariedade à convicção religiosa, filosófica ou política fez parte da Constituição de 1934.

Foi resguardada a igualdade formal. A isonomia material, por sua vez, resultou também garantida, impedindo-se tratamento desfavorável ou privilégios “por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”, conforme os ditames do artigo 113, 1.²⁶²

No que se refere à liberdade de expressão, o Texto Magno de 1934 não se contentou em reproduzir os dizeres da Constituição anterior. O artigo 113, número 9 trouxe novidades relativas à liberdade de expressão, como o direito à resposta, a estipulação de livre publicação de periódicos e livros, bem como manteve a vedação ao anonimato. Duas inovações, porém, merecem maior destaque.

Em primeiro lugar, restaram sujeitas à censura as diversões e espetáculos públicos, prenúncio dos tempos difíceis que a liberdade de expressão enfrentaria poucos anos após, com o recrudescimento do regime ditatorial de Getúlio Vargas. Ademais, constou também, na parte final do dispositivo constitucional, como consequência da denominada Revolução Constitucionalista promovida no Estado de São Paulo, a intolerância à chamada propaganda de processos violentos ou guerra, as quais tivessem por escopo a subversão das ordens social ou política.

Pejorativamente tratada como “polaca”, em razão de ter sido inspirada no duro documento constitucional do país da Europa Oriental, a Constituição de 1937 trouxe poucas mudanças no que se refere ao estudo da liberdade religiosa.

²⁶² Pontes de Miranda entendia a parte da isonomia substancial inserta neste artigo, como supérflua. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, 2ª edição, São Paulo: RT, página 626.

Digna de nota a redação dada ao dispositivo que preconizava a perda dos direitos políticos daqueles que recusassem encargo, obrigação ou serviço impostos por força de lei, alegando motivação política, filosófica ou religiosa.

Relevante apontar ainda a impossibilidade de imposição de frequência obrigatória ao ensino religioso, bem como a de se considerar como obrigação a ser cumprida por professores ou mestres, ampliando a liberdade religiosa destes últimos.

A Constituição de 1937, em seu artigo 122, número 15, não pestanejou em delegar as condições e imposição de limites para o exercício da liberdade de expressão à legislação infraconstitucional. O enfraquecimento do direito, já experimentado, sofreu ainda mais um duro golpe, decorrente da entrada do País na Segunda Grande Guerra. O Decreto 10.358, de 1942 expressamente declara que, em razão do estado de guerra, encontrava-se suprimido o direito de manifestação do pensamento.

A maior novidade trazida pela Constituição de 1946, a primeira após a redemocratização do Brasil foi a até então inédita nos textos constitucionais pátrios, imunidade tributária concedida dos templos religiosos, impedindo a tributação destes por meio de impostos.

Melhorando a redação constante das Constituições de 1891 e 1934, foi mantida a vedação imposta às pessoas políticas de subvenção, estabelecimento ou de criação de embaraços ao exercício dos cultos religiosos, bem como de se fixar relação de aliança ou dependência de entidade religiosa, com exceção de colaboração recíproca nos casos envolvendo interesse coletivo.

A impossibilidade de se alegar escusa de consciência para se eximir de obrigação geral ou do cumprimento de prestação alternativa imposta continuou existindo e acarretava na privação dos direitos do indivíduo.

Inovação no que se refere ao ensino religioso, o qual era de matrícula facultativa, respeitaria a opção religiosa do representante legal do aluno, caso incapaz, ou do próprio estudante, na hipótese de ser considerado civilmente capacitado.

A Constituição de 1946 promoveu o retorno do estabelecido na Constituição de 1934. O artigo 141, parágrafo 5º trouxe as mesmas referências à censura dos espetáculos e diversões públicas, vedação do anonimato e da vedação à propagandas de guerra e processos violentos que ultimassem a alteração das ordens política e social, acrescentando ainda, a impossibilidade de propaganda que estimulasse os preconceitos de classe ou raça.

A primeira Constituição do período militar, tal como o Texto anterior, manteve a imunidade tributária dos templos religiosos.

A plena liberdade de consciência, assim como a de exercício dos diversos cultos religiosos, desde que não contrários a ordem pública e os bons costumes foi preservada.

O governo ditatorial imposto pelos militares promoveu, como uma de suas primeiras medidas restritivas dos direitos fundamentais, a alteração da parte final do referido dispositivo constitucional, por meio do Ato Institucional 2. Foi extirpada a referência aos processos violentos para a subversão da ordem política e social, sendo inserido em seu lugar a expressão “de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”. A nova redação deixa claro que não apenas a propaganda de processos violentos que tivessem por intento a mudança da ordem política e social não seriam aceita. Inclusive as manifestações pacíficas não estavam permitidas. A palavra “subversão”, substantivada, passou a significar qualquer ato contrário à orientação que estava sendo coativamente imposta, pouco importando qual a ordem a ser afetada pela propaganda, não mais se limitando às ordens política e social. Assim, vedada também propagandas objetivando a alteração da ordem econômica, corolário da chamada “Guerra Fria” entre os países alinhados aos Estados Unidos da América (capitalista) e União Soviética (socialista).

Pouco tratou a Constituição de 1969 sobre a liberdade religiosa. Digno de destaque somente a garantia de ampla defesa ao paciente de suspensão ou perda dos direitos políticos e a facultatividade na matrícula do aluno na disciplina de ensino religioso.

Não tardou o surgimento de uma nova Carta. A redação do § 8º do artigo 153 da Constituição de 1967, outorgada, em parte parecia com o dispositivo pretérito, já modificado pelo Ato Institucional 2. Dizia o citado parágrafo que era “livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura”, exceto nos mesmos casos anteriormente previstos. A impossibilidade de propaganda foi ampliada para abranger os preconceitos religiosos. Foram vedadas, ainda, “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

O Decreto-lei 1077, de 26 de janeiro de 1970 disciplinou o cânon constitucional e, dado o tratamento oferecido à liberdade de expressão, merece reprodução na íntegra, que segue em nota de rodapé:²⁶³

²⁶³ **DECRETO-LEI Nº 1.077, DE 26 DE JANEIRO DE 1970.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 55, inciso I da Constituição e

CONSIDERANDO que a Constituição da República, no artigo 153, § 8º dispõe que não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos costumes;

CONSIDERANDO que essa norma visa a proteger a instituição da família, preservar-lhe os valores éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade;

CONSIDERANDO, todavia, que algumas revistas fazem publicações obscenas e canais de televisão executam programas contrários à moral e aos bons costumes;

CONSIDERANDO que se tem generalizado a divulgação de livros que ofendem frontalmente à moral comum;

CONSIDERANDO que tais publicações e exteriorizações estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade Brasileira;

CONSIDERANDO que o emprêgo desses meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional.

DECRETA:

Art. 1º Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação.

Art. 2º Caberá ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal verificar, quando julgar necessário, antes da divulgação de livros e periódicos, a existência de matéria infringente da proibição enunciada no artigo anterior.

Parágrafo único. O Ministro da Justiça fixará, por meio de portaria, o modo e a forma da verificação prevista neste artigo.

Art. 3º Verificada a existência de matéria ofensiva à moral e aos bons costumes, o Ministro da Justiça proibirá a divulgação da publicação e determinará a busca e a apreensão de todos os seus exemplares.

Art. 4º As publicações vindas do estrangeiro e destinadas à distribuição ou venda no Brasil também ficarão sujeitas, quando de sua entrada no país, à verificação estabelecida na forma do artigo 2º deste Decreto-lei.

Art. 5º A distribuição, venda ou exposição de livros e periódicos que não hajam sido liberados ou que tenham sido proibidos, após a verificação prevista neste Decreto-lei, sujeita os infratores, independentemente da responsabilidade criminal:

I - A multa no valor igual ao do preço de venda da publicação com o mínimo de NCr\$ 10,00 (dez cruzeiros novos);

II - À perda de todos os exemplares da publicação, que serão incinerados a sua custa.

Finalmente, a “Constituição Cidadã” retoma a redação das Constituições de 1934 e 1946 ao diferenciar consciência e crença, afastando a previsão de que a liberdade de culto se submete à ordem pública e bons costumes, considerando desnecessárias tais observações, uma vez que essas diretrizes configuram elementos estruturais do ordenamento jurídico.

Com relação ao princípio da isonomia, tratado em razão de sua inafastável relação com o direito de liberdade religiosa, anota-se que Celso Bastos sustenta que a redação do artigo 5º é superior àquela constante do Texto Constitucional anterior, a qual era mais sintética. Defende ainda que sua localização privilegiada, na cabeça do artigo, indica sua amplitude, garantindo o sujeito contra a indevida observância do princípio constitucional, o qual deve ser visto como informador de todo o sistema jurídico.²⁶⁴

A “Constituição Cidadã”, decorrente da vontade democrática de um povo cansado dos grilhões que lhe impedia a autodeterminação, vazou os dispositivos acerca da liberdade de expressão mais libertários que esse País já teve. Enxutos, precisaram de poucas palavras para expressar que a manifestação do pensamento não dispõe de amarras,²⁶⁵ mantendo vedado o anonimato. Ademais, livrou a expressão das atividades artística, científica, de comunicação e intelectual de qualquer licença ou censura, muito diferente dos documentos constitucionais posteriores à de 1891.

Obviamente, por ser a Constituição de 1988 subsequente a uma Carta outorgada, seu catálogo de direitos é consideravelmente maior do que o do Documento anterior.

Art. 6º O disposto neste Decreto-Lei não exclui a competência dos Juízes de Direito, para adoção das medidas previstas nos artigos 61 e 62 da Lei número 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 7º A proibição contida no artigo 1º dêste Decreto-Lei aplica-se às diversões e espetáculos públicos, bem como à programação das emissoras de rádio e televisão.

Parágrafo único. O Conselho Superior de Censura, o Departamento de Polícia Federal e os juizados de Menores, no âmbito de suas respectivas competências, assegurarão o respeito ao disposto neste artigo.

Art. 8º Êste Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de janeiro de 1970; 149º da Independência e 82º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid)”

²⁶⁴ *Comentários*, vol 2, 1989, P. 12

²⁶⁵ O que não significa dizer que tal liberdade seja ilimitada.

Embora o art. 5º seja o dispositivo onde habitam as principais disposições sobre direitos fundamentais, não é o único a fazer referências ligadas à liberdade religiosa e de expressão.

O art. 19, I, que impõe a neutralidade estatal em assuntos religiosos é de suma importância no sistema constitucional das liberdades, como será visto na apreciação do tema da laicidade.

Ao referido inciso contrapõem-se outros dispositivos constantes do Texto originariamente estabelecido pelo constituinte, evidenciando que optou-se pela manutenção de um certo relacionamento das religiões com o Estado, que no caso da preferência pelo descanso semanal remunerado aos domingos (art. 7, XV) evidencia-se o favorecimento de algumas religiões (principalmente, a católica apostólica romana).

Permitiu o constituinte a manutenção do ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental no horário normal de aulas, ressalvando que a matrícula na matéria é facultativa. Ademais, reconheceu-se o efeito civil no casamento religioso, regulado por lei.

No mais, o art. 143, §1º impôs a criação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório, em favor daqueles que alegassem imperativo de consciência, dentre os quais se destaca o motivo de convicção religiosa,²⁶⁶ bem como estipulou que as mulheres e eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempos de paz.

O dispositivo constante do art. 150, VI, “b”, ao conceder a imunidade tributária aos “templos de qualquer culto” é valioso instrumento para o fomento e manutenção do pluralismo religioso.²⁶⁷

Com relação à liberdade de expressão, merece destaque o art. 220, segundo o qual a expressão, manifestação de pensamento, informação e criação não sofrem restrição.

²⁶⁶ Este dispositivo foi regulado pela Lei n. 8.239/91.

²⁶⁷ O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir que tal não incidência constitucionalmente qualificada se aplica também ao patrimônio, renda e serviços essenciais ligados às atividades essenciais das entidades religiosas. (Recurso Extraordinário 325.822, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2004).

Salta aos olhos a preocupação do constituinte com a liberdade de expressão, ao dispor no §1º do mesmo artigo que nenhuma lei pode embaraçar a completa liberdade de informação jornalística, observados os incisos IV, V, X, XIII e XIV, todos do art. 5º.

Finalmente, o art. 220, §2º evidencia a repulsa do constituinte pela censura, merecendo reprodução na íntegra:

§ 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

3.2 - RELIGIÃO

Não se intenta nestas linhas esgotar um tema cuja discussão ultrapassa as gerações. Tampouco se pretende trazer elucubrações metafísicas, mas somente se busca encontrar um conceito constitucionalmente aceitável de religião.

Não se pode resumir tal conceito a junção dos três elementos básicos da religião, ou seja, divindade, moralidade e culto. Sequer se imagina que deve ser demasiadamente amplo a ponto de abranger as mais diversas formas de crenças que poderiam inclusive substituir a presença de um deus, como aceito nos Estados Unidos.²⁶⁸ Tal conceito exageradamente inclusivo provoca a confusão do que se pode considerar como crenças religiosas, abarcando as ideológicas, filosóficas e políticas.²⁶⁹ Melhor é buscar um meio-termo. A existência de entidades extra-rationais, de poder transcendental ou sobrenatural, de rituais, dogmas, escrituras sagradas, de um número considerável de adeptos, de uma consciência de conduta, exigências de cunho

²⁶⁸ Caso *Torcaso v. Watkins*, 367, U.S., 488 (1961).

²⁶⁹ O Ministro Marco Aurélio de Mello, em voto proferido no Recurso Extraordinário 562.351, defendeu a inclusão da Maçonaria como religião em sentido amplo, a fim de permitir a imunidade de seus templos. No voto, apontou presentes naquela sociedade três marcas das religiões: a elevação espiritual, a prática de virtudes e a profissão de fé.

moral, todos são elementos que, uma vez agregados, mostram a existência de uma verdadeira religião.²⁷⁰

As manifestações religiosas subordinam-se à ordem pública e aos bons costumes, sendo beneficiárias de presunção de que são legítimas, salvo demonstração em contrário pelo Poder Público.²⁷¹

Nota-se, entretanto, uma tendência à multiplicação de religiões. Ademais, com a facilidade de circulação entre os povos e o conseqüente surgimento do multiculturalismo em um mesmo território, aumenta a probabilidade de incidentes derivados do desconhecimento e falta de aceitação dos credos trazidos pelos imigrantes, gerando colisões com outros direitos fundamentais dos povos estabelecidos.²⁷²

A discriminação em razão da fé é constitucionalmente vedada, requerendo seja interpretada mediante a harmonização do dispositivo referente à igualdade, constante do *caput* do artigo 5º com o inciso VI da Constituição Federal, o qual sustenta o respeito à liberdade religiosa, tutelando o pluralismo religioso.²⁷³

Não obstante Thomas Paine²⁷⁴ tenha considerado todas as religiões como originalmente benignas, aponta que a união da religião com o poder político fez brotar as piores injustiças.

3.2.1 LIBERDADE RELIGIOSA

Alessandra Facchi²⁷⁵ leciona que a origem dos direitos está umbilicalmente atada à história em busca da liberdade religiosa na Europa.

²⁷⁰ Neste sentido, a concepção tipológica de Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 217-220.

²⁷¹ Carrazza, op. cit, p. 506.

²⁷² Grimm, Dieter. *Após a disputa em torno das caricaturas: precisamos de um novo balanço entre liberdade de imprensa e proteção à religião?* Em *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coord: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo, RT e Coimbra: Coimbra, 2009, p. 183.

²⁷³ Em sentido similar, com base no constitucionalismo italiano: Moscarini, Anna. *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*. Em *I Diritti Costituzionali, volume 1*. A cura di Roberto Nania e Paolo Ridola. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 182.

²⁷⁴ Citado por Facchi, p. 65.

²⁷⁵ Op. Cit, p. 29. Como já exposto, os direitos surgem com a associação dos seres para a convivência social. No máximo, pode se inferir que a liberdade religiosa foi o estopim para o reconhecimento constitucionalmente positivado dos direitos.

A liberdade religiosa, considerada por Pontes de Miranda como um desdobramento da liberdade de pensamento²⁷⁶, pode ser definida como a espécie de liberdade que os indivíduos possuem de ter a religião que se deseja, em quantidade e qualidade, inclusive de não a ter. É direito individual fundamental, que traz implícito o princípio da isonomia.

Inicialmente, o conceito de liberdade religiosa não abarcava a liberdade de pensamento contra uma religião, o que é abrangido pelo exposto acima.

Não foi, e ainda assim não é em determinadas partes do mundo, fácil o caminho para a conquista da liberdade religiosa.

Desde os primórdios nota-se que a religião esteve ligada ao poder em grande parte das culturas.

Pouco se sabe sobre as religiões na pré-história. Os vestígios encontrados são comparados com as manifestações que se tem relato mais recente, por meio da observação de povos de cultura mais primitiva ou das obras que chegam reproduzidas até os dias atuais. Contudo, muita coisa se perdeu nesse caminho, que impedem o real conhecimento do que realmente se passava. O culto das ossadas, as práticas mortuárias e pinturas rupestres de veneração a animais e seres sem identificação precisa são provas do antigo surgimento das crenças.²⁷⁷

Fustel de Coulanges²⁷⁸ aponta que os gregos e povos itálicos antigos acreditavam em uma nova vida após a morte, encarada como mera transformação. A relação com os deuses era pouco amistosa, uma relação de dominação.²⁷⁹ Os líderes públicos eram também sacerdotes, condutores dos sacrifícios religiosos.²⁸⁰

Conforme assinala Jayme Weingartner Neto, na Antiguidade imperou o monismo, qual seja, a identificação dos poderes político e religioso em um só

²⁷⁶ Idem, p. 465.

²⁷⁷ André Leroi-Gourhan. *As religiões na pré-história*. Tradução: Maria Inês de Franca Sousa Ferro. Lisboa: 70, 2007, p. 23-28.

²⁷⁸ *A cidade antiga*. 2ª ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.15.

²⁷⁹ Idem, p. 176.

²⁸⁰ Ibidem, p. 177.

ente. A divindade do soberano era encontrada, como exemplo, no Antigo Egito e em Roma. Quando o poder político prevalece sobre o religioso tem-se o cesarismo, enquanto que se prevalece o poder religioso sobre o político, dá-se a teocracia.²⁸¹

Jesus Cristo, com sua conhecida frase “dar a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus” parece ser um dos precursores do dualismo, orientação pela qual, ao separar os poderes político e religioso, afasta o poder absoluto do soberano, limitando-o.

O primeiro documento escrito que faz referência ao direito de liberdade religiosa foi a Carta do Convênio firmada pelo Rei Afonso I de Aragão e os Mouros de Tudela, em 1119. Nela, foram garantidos o respeito aos costumes religiosos e o livre trânsito dos Mouros.²⁸²

Em seguida, a *Magna Charta* de 1215, imposta pelos senhores feudais ao Rei João Sem Terra, logo em seu artigo 1º, garantia a liberdade eclesiástica, permitindo inclusive a realização de eleições sem a interferência do Estado inglês.²⁸³

O fator religioso é considerado como um dos motivos para a expansão ultramarina de Portugal, uma vez que o avanço dos muçulmanos rumo ao sul da Europa impediu o comércio com o oriente. Ademais, o interesse do papado na propagação da fé cristã, por meio das cruzadas marítimas empreendidas pela Ordem de Cristo do grão-mestre Infante Dom Henrique, ajudou no desenvolvimento das navegações portuguesas.²⁸⁴ As diversas bulas papais e suporte financeiro são provas desse apoio.

Na França, o Édito de Nantes, firmado por Henrique IV em 1598, selou a tolerância religiosa em favor dos huguenotes, calvinistas, cessando longo período de violência por motivos religiosos, embora mantendo a religião católica como oficial no país. Aliás, a Reforma Protestante foi o principal elemento dos conflitos religiosos ocorridos na Europa no fim da Idade Média.

²⁸¹ *Liberdade religiosa na Constituição*, Porto Alegre: Do Advogado, 2007, página 27.

²⁸² Sampaio, op. Cit, p. 142.

²⁸³ Idem, p. 143.

²⁸⁴ Calmon, Pedro. *História do Brasil, Vol I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, p. 24. No mesmo sentido: Bueno, Eduardo. *A Viagem do Descobrimento*. Coleção Terra Brasilis, vol. I. Rio de Janeiro, Objetiva, 1998, p. 60.

A liberdade religiosa faz parte das denominadas liberdades espirituais e sua exteriorização é modo de manifestação do pensamento. Engloba três liberdades: de organização religiosa, crença e de culto.

Léon Duguit, com base nos ensinamentos de Varreiles-Sommières, classifica as doutrinas que buscam justificar o poder político por uma intervenção sobrenatural, em doutrinas do direito divino “sobrenatural”, decorrendo o poder político de um poder superior – um “Deus” que teria especificado ainda a pessoa ou grupo escolhidos para exercê-lo (França dos séculos XVII e XVIII); e doutrinas do direito divino “providencial”, que sustentam que o poder político surgiria da providência divina, como uma delegação do ser superior por meio dos acontecimentos e vontades humanas.²⁸⁵

Conforme os ensinamentos do saudoso professor Celso Ribeiro Bastos, a relação entre a Igreja e o Estado pode ser reconhecida por três diferentes sistemas. No primeiro, denominado fusão, o próprio Estado é visto como fenômeno religioso. Há uma homogeneização dos poderes religioso e estatal, que são exercidos em conjunto, revelando uma junção entre a Igreja e o Estado. O modelo é utilizado nas teocracias islâmicas, pois previsto no alcorão. Encontram-se sistemas similares, com variações, como o inglês, surgido da incorporação, pelo Estado inglês, da Igreja católica existente em seu território, posta em prática por Henrique VIII; e o modelo da preferência estatal por uma religião, nos moldes existentes na França monárquica. A negativa do Estado em intervir no funcionamento da Igreja dá ensejo ao modelo de separação, também conhecido como regime de tolerância. Encerrando, há o sistema da indiferença, o qual pode, em suas vertentes extremadas, ter orientação nitidamente antirreligiosa, como na antiga União Soviética.²⁸⁶

Três também são os modelos apresentados por José Afonso da Silva para demonstrar a possível relação entre Estado e Igreja. Inicialmente, o da confusão, similar ao primeiro dos sistemas indicados no parágrafo acima e que corresponde ao vigente nos Estados teocráticos. Em seguida, aponta o modelo da união, adotado pela primeira Constituição do Brasil: a Carta de 1824, outorgada por Dom Pedro I, a qual tornou o Império exemplo típico de Estado

²⁸⁵ *Fundamentos do Direito*. 2ª edição. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 35-37.

²⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol 2. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 48-49.

confessional. Nesse modelo, há o relacionamento do Estado com uma Igreja, no tocante ao funcionamento e organização. Por fim, traz o sistema em utilização no Brasil desde a edição do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, depois reproduzido nos demais documentos constitucionais pátrios a partir da primeira Constituição da República, em 1891, o qual foi denominado pelo ilustre jurista como da separação.²⁸⁷

O Estado confessional pode ser conceituado como o tipo de Estado que estipula como oficial uma determinada religião ou então, em detrimento dos não aderentes, favorece os adeptos de um determinado credo.

A Idade Média foi período marcado pela tentativa da Igreja (leia-se católica) em preliminarmente, se sobrepor ao Estado (período hierocrático). Após, com a predominância do absolutismo, nota-se a supremacia do poder do Estado (período regalista), numa forma renovada de monismo. Finalmente, a fase constitucional mostra a vitória do dualismo na Europa Ocidental e América, que continua sua expansão até os dias atuais.

Pensador da transição para a Idade Moderna, John Locke considera a liberdade religiosa como direito individual, devendo o Estado promover sua proteção, restando impedida a intromissão na esfera íntima do indivíduo.

Devem ser lembrados ainda como documentos europeus que versavam sobre a tolerância e a liberdade religiosa a Paz de Augsburgo, de 1555 e a Paz de Westfália, de 1648.

A liberdade religiosa, como direito fundamental de primeira geração foi um dos pilares das revoluções liberais do século XVIII.

Como já exposto anteriormente, a perseguição religiosa sofrida na Inglaterra, país onde a religião anglicana era a dominante, foi um dos principais motivos da chegada dos imigrantes na América do Norte. Protestantes, católicos, judeus, o ideal de liberdade para a prática religiosa fomentou o desenvolvimento da nova nação.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 243.

Atuando um Estado de forma a favorecer ou desfavorecer uma determinada religião, ou ainda, interferindo de qualquer forma na liberdade religiosa, se está diante, no máximo, de tolerância religiosa, jamais de liberdade de religião.

Como direito de liberdade, exige um não-fazer, uma atuação negativa do Estado.

Temístocles Brandão Cavalcante considera a liberdade religiosa desdobramento da liberdade de pensamento e de manifestação de pensamento.²⁸⁸ Já para Barrero Ortega, compreende a liberdade religiosa as liberdades de crença, pela qual o indivíduo concorda com a estipulação de “verdades religiosas”, e a de consciência, ou seja, *critérios valorativos de las acciones humanas desde el punto de vista ético y moral y que señalan el limite entre las buenas y las malas obras*.²⁸⁹

A liberdade religiosa, assim como a de consciência, física e outras são consideradas para Pontes de Miranda como supra-estatais, anteriores ao Estado e por isso, acima dele, razão pela qual não podem tais direitos serem revogados.²⁹⁰ Correta a lição, no sentido em que não podem tais direitos serem suprimidos, admitindo, porém, limitações constitucionais e infraconstitucionais, com a necessária cautela de que os óbices impostos não venham a impossibilitar o exercício do direito a ser balizado.

Entendemos, assim como Barrero Ortega, que não cabe ao ente público organizar uma celebração religiosa.²⁹¹ Tal conduta, assim como a coação empregada pelo Estado para que alguém participe de um culto, é incompatível com a laicidade estatal e vilipêndia a liberdade religiosa.

Temístocles Cavalcante entende possível “a inclinação (política) por uma religião que seja realmente a expressão do sentimento de uma grande

²⁸⁸ *A Constituição Federal Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949, página 91.

²⁸⁹ *Cuestiones*, página 1132.

²⁹⁰ *Comentários à Constituição de 1967*, páginas 624/625.

²⁹¹ *Cuestiones...*, página 1131.

maioria”²⁹². Esta afirmação deve ser recebida com reservas, em razão da adoção do modelo laico do Estado brasileiro.

A liberdade religiosa não se confunde com mera tolerância religiosa. Pontes de Miranda²⁹³, com suporte em Mirabeau e Paine, afirma que a religião dominante apenas suportava a existência de outras religiões, não abrindo mão de seu prestígio. O último considerava a tolerância como falsificação da intolerância, sendo também uma forma de despotismo.

Para José Afonso da Silva, a liberdade religiosa é compreendida dentre as liberdades espirituais do indivíduo, sendo a sua exteriorização modo de manifestação do pensamento. Ademais, englobaria para o autor três outras liberdades, quais sejam: a de crença, de culto e de organização religiosa..²⁹⁴

O culto (*exercitium religionis*) é externalização da religião, o modo pelo qual o pensamento religioso é manifestado solene ou ritualisticamente.

Pontes de Miranda²⁹⁵ formula interessante expressão para definir o culto: “religião + relação com outros homens + ação”. Cultos são atos, individuais ou coletivos, não apenas voltados à comunicação religiosa a terceiros. Orações, meditações, pregações, leituras de textos sagrados, jejuns são também formas de culto.

O referido jurista demonstra a possibilidade de religião sem culto, citando escrito do Monsenhor Dom Rudesindo Salvado, que apontou, em 1851, na Nova Núrsia, Austrália tal verificação, bem como de culto sem religião, encontrado por Spencer e Gillen, também na Austrália.²⁹⁶

Jónatas Machado pontifica que a liberdade de crença pertence a “essência íntima e pessoal do homem”.²⁹⁷ Crer, em um sentido religioso, é acreditar no sobrenatural, no transcendente, em uma divindade. Convicção íntima.

²⁹² Cavalcante, obra citada, página 93.

²⁹³ Democracia..., p. 464

²⁹⁴ Silva, José Afonso. Op. Cit, p. 241.

²⁹⁵ Democracia..., p. 473.

²⁹⁶ Democracia, p. 473-474.

²⁹⁷ Liberdade..., p. 220.

Crença não se confunde com consciência. Esta independe de qualquer fé religiosa, os valores espirituais e morais que se ligam à consciência podem ou não estar ligados a alguma religião, o que permite aplicar a proteção decorrente da liberdade de consciência a ateus e agnósticos.

A liberdade de organização religiosa impõe a necessidade de abstenção do Estado nos assuntos eclesiásticos. Impede que o Estado interfira no modo como as diversas confissões religiosas se conduzem e se desenvolvem. Não deve o Estado criar embaraços à criação de novas igrejas. A imunidade tributária conferida aos templos é um estímulo à criação de novas instituições de fé²⁹⁸ e não forma de interferência estatal, não obstante, implique na necessária criação na forma da lei civil para permitir que frua da benesse constitucionalmente prevista, embora a comunidade religiosa de fato não fique impedida de realizar seus cultos.

José Luis Caballero Ochoa²⁹⁹ afirma que a liberdade religiosa foi redigida tanto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quanto no documento correspondente editado no continente europeu, de modo similar ao constante do artigo 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos. Tal afirmação não se sustenta, pois a mera leitura dos documentos lavrados em 1948 mostra a ampla possibilidade de manifestação particular e pública pelo indivíduo de sua crença ou religião, o que contrasta com a redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos e com o Pacto de São José da Costa Rica, segundo os quais a manifestação religiosa se baliza pelas limitações legalmente impostas e indispensáveis, entre outras, à proteção das liberdades e dos direitos dos demais indivíduos.

Com efeito, perfeita a lição de Jónatas Machado³⁰⁰ o qual sustenta que a Declaração Universal, assim como outros documentos internacionais de direitos humanos, busca fixar apenas um standard mínimo dos direitos convencionalmente protegidos, atuando como parâmetro básico para a

²⁹⁸ Tal prática pode ser vista como uma forma de estímulo estatal ao pluralismo religioso.

²⁹⁹ *Las perspectivas actuales del derecho fundamental de libertad religiosa em el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Em <http://www.unla.mx/iusunla8/reflexion/trabajo%20docencia%20der.%20hum.htm> Acesso em 18.10.2011.

³⁰⁰ Op. cit, p. 207.

interpretação dos bens jurídicos elencados nas constituições, não se descuidando de que devem os direitos e garantias ser lidos sempre de modo a garantir a máxima eficácia de seus preceitos.

3.2.2 – PARADIGMAS FRANCÊS E NORTE-AMERICANO

A escolha dos paradigmas acima, antagônicos, decorre da importância que a questão da liberdade religiosa teve para a formação histórica do constitucionalismo nestes países, os quais influenciaram os demais ordenamentos ocidentais e norteiam até os dias atuais os julgadores que enfrentam os casos concretos envolvendo assuntos relacionados aos assuntos religiosos.

Como já exposto anteriormente, a causa religiosa foi uma das principais preocupações dos imigrantes ingleses que se dirigiram para as novas terras da Coroa, uma vez que a perseguição religiosa a que submetidos os que não eram adeptos da religião oficial, fundada por Henrique VIII em 1534 era implacável.

Antes, em 1620, padres católicos desterrados e perseguidos na Inglaterra, a bordo do navio Mayflower, editaram uma carta de intenções onde se comprometiam a fundar uma colônia, a Nova Plymouth. Em 1629, foi editado um pacto objetivando o estabelecimento de uma colônia de puritanos, conhecida como Massachussets, a qual tinha cunho segregacionista quanto aos não aderentes à igual fé. Roger Williams, líder naquela comunidade que tentou defender a ampla liberdade religiosa, foi expulso do local, fundou em 1636 uma comunidade, chamada Providence, na qual se afastou a religião do poder político e impediu que tal tema pudesse se tornar objeto de legislação. Foi a primeira experiência no Novo Mundo onde os habitantes dispunham de refúgio para suas crenças religiosas.³⁰¹

As constituições locais, inspiradas nos estudos dos pensadores do período que se tornou conhecido como “Era das Luzes”, dentre os quais merecem maior repercussão Jean Jacques Rousseau, John Locke, Montesquieu, surgidas como decorrência natural da independência das

³⁰¹ Jellinek, Georg. La Declaración de los Derechos del Hombre e y del Ciudadano. Trad. Adolfo Posada. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2000, p. 119.

colônias, cujo exemplo mais destacado foi também a pioneira, qual seja, a Constituição do Estado da Virgínia, forjaram os fundamentos para a declaração de independência do espaço que posteriormente foi proclamado Estados Unidos da América (do Norte).

Em 1791 foi elaborada a *Federal Bill of Rights*, a qual trouxe as dez primeiras emendas constitucionais vigentes até os dias de hoje naquele país, dentre as quais se destaca a primeira emenda, que será oportunamente analisada nesta obra.

Os Estados Unidos da América, fruto da busca pela liberdade religiosa dos indivíduos perseguidos por motivo de crença na Inglaterra, é o exemplo mais harmônico da convivência das religiões, não sem que se percebam atos isolados de fundamentalistas religiosos que, com atos violentos, acabam por perturbar a relação entre as religiões.

A Revolução Francesa deu ensejo ao que depois ficou conhecido como “gerações dos direitos”³⁰², liberdade, igualdade e fraternidade representadas pelas três cores existentes na bandeira daquele país (azul, branca e vermelha, respectivamente). Seu instrumento principal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não permite que a lei possa ser utilizada como meio de opressão e tem como principal característica a pretensão de ser vista como universal, o que significa que deveria ser aplicada a todos os homens.³⁰³

Com fundamento no Liberalismo, modelo de pensamento desenvolvido por teóricos iluministas como contraponto ao Absolutismo do Antigo Regime, teve o seu foco inicial no direito à liberdade, oposto em face do Estado, o “Leviatã” de Hobbes, na época, o temido opressor que precisava ser contido. Tais direitos, negativos, impõem um não-fazer, uma abstenção ao Estado, a fim de distanciá-lo da vida dos indivíduos, garantindo, a não-intervenção estatal para preservar as liberdades dos sujeitos.

Em razão da repulsa ao tratamento preferencial dado pelo Estado absolutista francês ao Segundo Estado, ou seja, ao Clero, bem como ao

³⁰² Geração não no sentido de exclusão de uma com relação a outra, mas de progressividade.

³⁰³ Pretensa no sentido de que seus idealizadores excluíram intencionalmente as mulheres do âmbito da universalização.

pensamento religioso da época, oposto ao pregado pelo antropocentrismo dos iluministas franceses, cuja matriz filosófica é racional, não recebeu a liberdade religiosa maior importância, uma vez que a religião era vista pelos revolucionários como uma forma de alienação. Ressalta-se que a liberdade religiosa sequer constou do elenco de direitos fundamentais do principal documento originado da revolução francesa, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Contudo, como assinala Facchi, a liberdade religiosa foi tratada como uma forma ampliada da liberdade de expressão.³⁰⁴

A igualdade buscada pelos revolucionários foi meramente formal, ou seja, de todos perante a lei, a fim de abolir os privilégios da nobreza e do clero franceses (Primeiro e Segundo Estados). Nota-se que, não obstante apontou-se a liberdade e a igualdade como direitos naturais, pretendeu a burguesia emergente somente estabelecer sua ascensão como classe dominante, não tendo a intenção de fazer brotar da queda do Absolutismo francês uma ordem realmente igualitária nas esferas social, política e econômica.

Assim, como exposto anteriormente, a liberdade religiosa foi tida pela Declaração Francesa como mero desdobramento da liberdade de expressão, o que encontra eco na doutrina brasileira até os dias atuais.

Do exposto, percebe-se que, não obstante a contemporaneidade dos documentos, muito diversa a origem da discussão sobre a liberdade religiosa nos na França e nos Estados Unidos da América.

3.2.3 – LAICIDADE

A liberdade religiosa tem na laicidade estatal uma de suas garantias mais importantes. Caso um Estado trate uma religião como oficial, ou na hipótese de imposição estatal do agnosticismo ou do ateísmo, estará indevidamente interferindo na esfera íntima de seus cidadãos, obstaculizando a plena liberdade religiosa.³⁰⁵ O Estado laico, por ser ao menos em teoria, apartado de qualquer ideologia, dispõe da aptidão de garantir igualmente as

³⁰⁴ Op. Cit, p. 60.

³⁰⁵ Ortega, Abraham Barrero, *La libertad religiosa em España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, página 249.

liberdades de expressão, consciência, e associação de todas as confissões, inclusive do ateísmo.

Hugo Grócio (Huge de Groot), em sua obra mais conhecida (*De iure belli ac pacis*, de 1625), define o direito natural como um conjunto de normas que o homem descobre por meio da razão, as quais valem por si mesmas, pouco importando a vontade divina, “ainda que se admitíssemos – coisa que não pode ser feita sem impiedade gravíssima – que Deus não existe ou não se ocupa com a humanidade”.³⁰⁶ Extrai-se do trecho acima o início da laicização do direito, com o afastamento do que seria a vontade divina, passando a ter o direito seu paradigma na razão humana.

Já para o filósofo iluminista Jean Jacques Rousseau em sua obra-prima “O Contrato Social”, Jesus de Nazaré foi o precursor da laicidade estatal, ao separar o sistema teológico do político.³⁰⁷ Tal afirmação fia-se na célebre frase tirada do Evangelho de Mateus, 22:21: “dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”.³⁰⁸

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 é o documento legal basilar da laicidade estatal, daí influenciando grande parte das Constituições ocidentais.

O sociólogo mexicano Roberto Blancarte³⁰⁹ constata que em um Estado laico as instituições políticas não mais se baseiam em elementos religiosos, mas na soberania popular, defendendo que não seria a mera separação formal entre Estado e Igreja, mas a vontade da maioria da população, que torna um Estado secularizado. Nesse sentido, Dinamarca e Noruega, países ligados formalmente à religião Luterana, devem ser considerados laicos, uma vez que a Igreja não tem o poder de interferir na adoção de políticas públicas, às vezes implementadas com sua severa oposição.

³⁰⁶ Citado por Facchi. Op. Cit, p. 32.

³⁰⁷ Em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>

³⁰⁸ Bíblia Sagrada. *Evangelho segundo Mateus*.

³⁰⁹ *O porquê de um Estado laico*. Em *Em defesa das liberdades laicas*. Org. Roberto Arriada Lorea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 18.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha, em voto proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, definiu o Estado laico como

*aquele que respeita a diversidade de pontos de vista dos diversos credos sem, contudo, deixar-se influenciar por algum deles em específico.*³¹⁰

A laicidade é óbice para que o Estado interfira nos atos de fé. Impede que o ente estatal assuma a fé da maioria ou de parcela da população, de assumir a condição de protetor dos dogmas ou de colocar, de qualquer forma, a esfera pública sob jugo de religiões. Tais atitudes por parte do Estado são consideradas violadoras da liberdade e igualdade religiosa.³¹¹

Considera-se a laicidade ainda como bipotencial, vez que objetiva impedir a confusão entre Estado e religião. Não se mostra lícita em um Estado laico a influência de uma religião sobre a atuação das autoridades públicas ou sobre os organismos estatais e tampouco a ingerência estatal sobre os assuntos eclesiais, ou seja, aqueles que versam sobre a organização das entidades religiosas, valores e doutrina defendidos, cultos, entre outros.

Como doutrina Anna Moscarini³¹² “a laicidade não significa indiferença do Estado quanto ao sentimento religioso, mas uma garantia de salvaguarda da liberdade de religião e de um regime de pluralismo confessional e cultural.”

Característico da civilização ocidental moderna, o Estado laico lastreia-se na soberania popular. O monarca absolutista, o qual desempenhava o papel de líder religioso em seu território, foi substituído por um governo que privilegiava o coletivo, em um sistema democrático, não mais hereditário. Com efeito, é indispensável que, por um lado, todos os grupos religiosos recebam idêntico tratamento do Estado, a fim de ver respeitada a igualdade perante a

³¹⁰ STF – Rel. Min. Marco Aurélio.

³¹¹ Ortega, Abraham Barrero, *Cuestiones pendientes tras 256 años de libertad religiosa en España*, em *Derecho Constitucional para el siglo XXI – Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Editor: Javier Pérez Royo y otros. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006, página 1128.

³¹² *Op. Cit.*, p. 184.

lei. Por outro lado, a igualdade formal não obsta o tratamento diferenciado entre as diversas crenças, considerando que por meio da igualdade denominada material, seria possível atribuir a todas as entidades religiosas idêntica possibilidade de atuação e desenvolvimento, de acordo com as peculiaridades de cada uma delas, devendo o Estado agir razoavelmente. Esse o escopo do Direito Constitucional, a busca da isonomia real entre as instituições, dando-lhes iguais oportunidades.

Tatiana Robles Seferjan³¹³ considera como elementos característicos da laicidade estatal a neutralidade e imparcialidade do Estado em assuntos relativos à religião, a não-confessionalidade e a independência da autoridade civil frente à autoridade religiosa. Tais elementos não seriam impositivos, podendo variar no tempo e local.

Heloísa Sanches Querino Chehoud³¹⁴ enxerga a laicidade como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, considerando-o vetor da interpretação constitucional.³¹⁵

O Estado tido como laico não fica obstado de assinar tratados internacionais com a Santa Sé. Contudo, é evidente que deverá garantir às demais religiões os mesmos benefícios e condições que possam ter sido oferecidas, sob pena de violação do dever de equidistância das entidades religiosas.

A laicidade do Estado não impede ainda que as autoridades religiosas possam receber homenagens estatais,³¹⁶ nem obsta que autoridades estatais frequentemente cerimônias de cunho religioso, tanto como particular aderente, quanto como em representação do órgão que atua, ficando, na segunda

³¹³ *Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – São Paulo, p. 45.

³¹⁴ *A liberdade religiosa nos Estados modernos*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 15.

³¹⁵ A referida autora traz, parágrafos antes, as definições de Alexy e Virgílio sobre princípios como normas jurídicas. Como bem aponta Luiz Guilherme Arcaro Conci: “Se são, os princípios, normas jurídicas não podem ser meros auxiliares da interpretação de outras normas, as regras, pois, se se diferencia princípio de norma jurídica, subentende-se que princípios não são normas (*Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites de sua utilização a partir da análise de dois casos*). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 17, 2008. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 23.03.12.

³¹⁶ Cavalcante, obra citada, página 92.

hipótese, aberta a possibilidade de participar igualmente de eventos relativos às demais entidades.

A neutralidade estatal em matéria religiosa, corolário da laicidade, deve ser vista como um direito fundamental dos indivíduos.³¹⁷ A neutralidade não quer dizer que o Estado sustente a incredulidade ou seja avesso à religiosidade, sendo apenas um mero adensamento do conceito de Estado laico.³¹⁸

Segundo Jónatas Eduardo Mendes Machado³¹⁹, a neutralidade religiosa impede a interferência religiosa nos assuntos estatais, bem como que o Estado imiscua-se nos assuntos afetos às confissões religiosas, consideradas autônomas, liberando o erário público de gastos relativos às religiões. Ademais, a neutralidade atua como proteção à liberdade e dignidade individuais, por impedir que o Estado interfira nos assuntos relativos à religiosidade dos cidadãos.

Como doutrinou há muito John Locke em sua “Carta sobre a tolerância”,

*não importa a fonte da qual brota sua autoridade, deve confinar-se aos limites da Igreja, não podendo de modo algum abarcar assuntos civis, porque a Igreja está totalmente apartada e diversificada da comunidade e dos negócios civis.*³²⁰

³¹⁷ Starck, Christian, *Nuevo desarrollo de las relaciones entre Estado e Iglesia em el derecho alemán*, em *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Coordenadores: George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Miguel Carbonell. Salvador: Jus podium, 2011, p. 45. No mesmo sentido, o voto do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

³¹⁸ No julgamento em grau recursal do Caso Lautsi pela Corte Europeia de Direitos Humanos (disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["30814/06"\],"itemid":\["001-104040"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) – acesso em 18.01.2014), diversos Estados arguíram que os julgadores originários confundiram neutralidade e secularismo.

³¹⁹ *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

³²⁰ Em <http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/cartatolerancia.html>

O constitucionalista espanhol Alfonso Fernandez-Miranda Campoamor³²¹ distingue com propriedade o laicismo e laicidade. O primeiro configura-se em atuação belicosa do Estado contra as religiões, ferindo frontalmente o direito de liberdade religiosa. Surgido na “Época das Luzes”, derivado do pensamento racionalista em voga na França, o laicismo atingiu seu apogeu nas constituições de cunho materialista, notadamente as que refletiam a ideologia marxista, tal como a da antiga União Soviética. Na Europa Ocidental, a Constituição espanhola de 1931 pode ser vista como laicista. Como já visto antes, a laicidade decorre da constitucionalização do Estado laico, ou seja, prega que as atividades estatais e religiosas não se confundam, não se misturem.

Necessário tecer algumas palavras sobre Estado secular, secularização e assuntos afins.

O Estado secular “é aquele que se desfaz da identificação com a religião e torna-se independente da sua pretensão da verdade”.³²²

A secularização, ou seja, a paulatina transferência do papel da religião como fator agregador de uma sociedade, é um dos provocadores da laicização de um Estado. Boaventura de Sousa Santos³²³, diferencia a secularidade do secularismo. A primeira é a atitude de afastamento da religião do Estado que permite inclusive a expressão da liberdade religiosa nos espaços públicos como forma de liberdade. Já no segundo, busca-se a retirada da religião apenas para os círculos privados. Nota-se uma tendência de pensamento que Jurgen Habermas³²⁴ chamou de “pós-secularismo”, reflexo da reentrada da religião na vida política, por meios democráticos, provocando um refluxo dos assuntos referentes à religião na esfera pública, contribuindo para um debate público mais amplo em temas sensíveis.

Conforme doutrina Flávia Piovesan:

³²¹ **Estado laico y libertad religiosa.** Revista de Estudios Políticos, 1978, VI, 57-80

³²² Grimm, *op. Cit*, p. 181.

³²³ Folha de São Paulo, entrevista de 26.10.2013 - <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/10/1362319-dilma-tem-grande-insensibilidade-social-diz-guru-da-esquerda.shtml> . Acesso em 29.10.2013.

³²⁴ *Ragione e fede in dialogo: Le idee di Benedetto XVI a confronto con un grande filosofo.* A cura di Giancarlo Boseti. Venezia: Marsilio, 2005, p. 59

*No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito, inexistindo, contudo, qualquer religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, a abolir a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural.*³²⁵

Daniel Sarmento aponta que a laicidade é consagrada no art. 19, I da Constituição Federal, ao impor o dever de neutralidade estatal no tocante às religiões.³²⁶

Joana Zylberstajn, em estudo específico sobre o tema, defende que não há uma previsão constitucional expressa sobre a laicidade, o qual pode ser extraído dos dispositivos constantes do Texto Magno, considerando que o princípio democrático, insculpido logo no art. 1º, em conjunto com as garantias da igualdade e liberdade, constantes do art. 5º, são os elementos formadores da laicidade do Estado brasileiro.³²⁷

É inegável a inexistência da expressão “laicidade” do Texto Constitucional. Contudo, entendemos que os dois últimos autores estão corretos. Assim como a laicidade é uma consequência do Estado Democrático de Direito e sua conjugação com a igualdade e a liberdade, decorre também do dever de neutralidade estatal trazido no art. 19, I.

3.3 – A RELIGIÃO E A CULTURA

Cultura, considerada por Gustav Radbruch como uma realidade ladeada pelos mundos do espírito e da natureza, e por Hegel como parte do chamado “espírito objetivo”, no qual estavam compreendidas as atividades religiosas, filosóficas e artísticas, teve na compreensão psicológica decorrente dos

³²⁵ *Direitos Humanos* (coord). Curitiba: Juruá, 2007, p. 24

³²⁶ *Legalização do aborto e Constituição*. Em *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 115.

³²⁷ *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Trabalho apresentado ao PPGD – Universidade de São Paulo – Nível de Doutorado em Direito (área de concentração: Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

estudos de Husserl³²⁸ e sua “consciência intencional”, que abrangia simultaneamente sujeito e objeto e valia autonomamente grande avanço. Definida por Miguel Reale³²⁹ como “globalização de todas as estruturas do ser enquanto dever-ser”, vincula-se ao valor-fonte da pessoa humana, o qual é dotado de caráter universal.

Vale lembrar que, para Duguit³³⁰, a norma jurídica é um produto cultural que objetiva a permanência do grupo social, não decorrendo de uma vontade superior ou subordinada.

A cultura decorre inicialmente do pensamento, sendo exteriorizada pela fala, a comunicação em sua expressão mínima, e por variadas formas de objetivação, como a escrita, as artes, entre outras.

As manifestações culturais e suas fontes devem ser preservadas, como bem legislou o constituinte no artigo 215 da Constituição. Contudo, tal dever não obsta que o Estado se mantenha a parte das manifestações de cultura, devendo inclusive restringir o seu exercício quando necessário.

É certo que a Constituição de um país, como fruto do Poder Constituinte, reflete os valores existentes em sua sociedade. Como percebe Jorge Miranda, a Lei Maior de um país decorre das características e de elementos condicionantes daquela sociedade, tais como culturais, econômicos, históricos, geográficos e políticos.³³¹ Este o motivo que faz de cada constituição única, o pilar onde se apoiam todas as demais legislações de um país.

As constituições sul-americanas, em geral, mostram a grande importância que a religião ainda detém na formação social e cultural dos países da região, principalmente à Católica Apostólica Romana.

O mesmo fenômeno foi percebido por Giuseppe Dalla Torre³³², ao tratar da constituição italiana, que recebeu enorme influência dos constituintes católicos, influenciados pelo pensamento de Jacques Maritain.

No que diz respeito às alterações dos costumes religiosos, a proibição dos sacrifícios humanos e de animais, além de vários outros exemplos

³²⁸ Todos citados por Reale, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15-16.

³²⁹ Idem, p. 20.

³³⁰ Citado por Grau, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 52.

³³¹ *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 180.

³³² *Il fattore religioso nella Costituzione*. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 3.

variáveis de acordo com a sociedade em que inseridas as religiões, mostram as necessárias adaptações que a cultura de um povo enfrenta, a fim de se adequar aos novos tempos.

A globalização cultural, facilitada pelos meios de comunicação em massa, bem como a maior facilidade de circulação de pessoas, não somente turistas, mas principalmente imigrantes, produz o fenômeno do multiculturalismo, que se reflete inclusive na área religiosa.

Com efeito, a religião deve ser vista como um elemento cultural da própria sociedade, sujeita às limitações que a coletividade, por meio de seus representantes legislativos desejaram impor, sempre tendo como paradigma, os cânones constitucionais,.

3.4 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.4.1 – CONCEITO

Para Daniel Sarmiento,³³³ a liberdade de expressão não se esgota na visão tradicionalmente aceita, na qual é considerada como um direito negativo. Não configura mero dever de abstenção estatal, devendo ser objeto de uma atuação positiva do Estado, a fim de permitir a todos o seu exercício e a ampliação do debate público.³³⁴

Este trabalho, assim como o autor acima citado, adota conceito amplo da liberdade de expressão, englobando a chamada liberdade de manifestação de pensamento (ou opinião) e de expressão *stricto sensu*, constantes dos dois dispositivos constitucionais apontados na nota de rodapé e conforme se extrai das lições de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins³³⁵.

³³³ *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Em *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 263.

³³⁴ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior distinguem a liberdade de opinião, a qual estaria contida no inciso IV, da liberdade de expressão, que encontraria previsão constitucional no inciso IX, todos do artigo 5º da Constituição Federal. A primeira, definida com base nos estudos de Husserl, exigiria um juízo de valor, enquanto a livre expressão seria uma forma especial de manifestação do pensamento, a qual não se preocuparia com seu conteúdo valorativo, mas apenas na “sublimação da forma das sensações humanas”, que poderia acontecer de variados modos. (*Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 174):

³³⁵ *Op. Cit*, Vol. 2, p. 40-44 e 58-60.

Um dos fundamentos de toda sociedade democrática, a liberdade de expressão compreende não apenas as ideias ou informações inofensivas, inocentes ou indiferentes, abrangendo ainda as manifestações irritantes, ofensivas, inquietantes ou chocantes, as quais decorrem do pluralismo e da tolerância, inerentes à democracia.

A liberdade de pensamento em si é vazia; até mesmo os escravos e os submetidos a governos autoritários a possuíam. Somente se pode dizer plenamente existente se possível sua exteriorização. Amesquinhada sua exposição, todas as demais liberdades estarão apequenadas. Assim, pode a liberdade de pensamento ser considerada como o desabrochar de todas as demais liberdades.³³⁶

A liberdade de pensamento é limitada, como todas as outras, pelas circunstâncias sociais e condições individuais. Raras as vezes em que se percebe que um indivíduo consegue imaginar além das fronteiras criadas pela civilização e cultura a que incluído.

Pontes de Miranda³³⁷ fala da “liberdade da psique”, a qual abrangeria a liberdade de pensamento e de consciência. A liberdade da psique, assim, abrangeria tudo o que se presta a exprimir os enunciados, a qual abarcaria as liberdades onde mente e corpo se mesclam.

A liberdade religiosa é também uma das modalidades da liberdade de pensamento. Porém, não basta simplesmente o pensar, é necessário agir. Sob esta perspectiva, deve ser protegida a possibilidade de se retirar do mundo das idéias tal liberdade e trazê-la, concretamente, para o mundo dos fatos. A liberdade da proteção da ação pensada é a liberdade de emissão de pensamento, seja pela opinião, seja pela livre expressão.

A liberdade de expressão é forma de emissão de pensamento. Não protege o mero ato de pensar, mas sim o de traduzir esse pensamento, seja fazendo uso da palavra em sua forma oral, seja por meio de sinais, que podem

³³⁶ No mesmo sentido, Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3ª ed. rev, atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 143.

³³⁷ Democracia.. p. 423-426.

ser gráficos, mediante a escrita ou ilustrações, ou ainda gestuais, por meio de saudações, atitudes, ou outros meios similares.

Como ensina Roberto Dias, em precioso artigo envolvendo a liberdade de expressão e as biografias não autorizadas:

*E o livre debate de ideias pressupõe a liberdade de expressão. E imprescindível o acesso a informação plural para que cada um possa formar e expor sua opinião acerca dos fatos ocorridos.*³³⁸

Deve a liberdade de expressão ser encarada como uma decorrência dos direitos à dignidade da pessoa humana e à autonomia pessoal e coletiva, sendo uma condição indispensável para a formação e preservação da democracia em um Estado,³³⁹ uma vez que permite a formação da opinião pública e, conseqüentemente, tem papel importantíssimo no pleno desenvolvimento da sociedade.

Como bem ensina Francisco Teixeira da Mota³⁴⁰, “a dimensão da liberdade de expressão é, seguramente, uma das formas mais fiáveis de aferir da democraticidade de um Estado”, democracia que exige uma livre circulação de informações e de ideias. a fim de que se distribua a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior apontam que o traço distintivo do direito à liberdade de expressão consiste na ausência de juízo de valor, no que se diferencia do direito à liberdade de opinião, a qual se consubstancia em uma afirmação do pensamento. Ademais, a expressão seria uma forma de sublimação das sensações humanas, podendo a manifestação

³³⁸ *Liberdade de expressão: biografias não autorizadas*. Direito, Estado e Sociedade. n.41 p. 204 a 224 jul/dez2012

³³⁹ Antoniazzi, Mariela M. *La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Em *Direitos humanos: democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Coord: Armin von Bongdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.314.

³⁴⁰ *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão 'Os casos portugueses*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 17.

se despir dos conceitos, convicções ou de juízos valorativos.³⁴¹ Com efeito, os direitos fundamentais à liberdade de expressão e opinião não estariam presentes simultaneamente em todos os casos, dependendo da existência ou não de, em um dado caso concreto, de um juízo crítico.

A expressão do pensamento sem perseguição ou punição pelas opiniões, o direito de informar ou ser informado sem que tenha que sujeitar-se a uma prévia censura ou que se submeta a punição, é um direito fundamental que objetiva a isonomia de condições na sociedade.³⁴²

Como bem decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Ozgur Gudem vs. Turquia*, compete ao Estado garantir as condições para que a liberdade de expressão possa ser exercida em sua totalidade. Liberdade que protege não apenas as informações e ideias expressadas, mas também a forma de sua exteriorização, como o mesmo órgão assentou no caso *Jersild vs. Dinamarca*.

O art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto 592/92, trata da liberdade de expressão em sua amplitude, constando do número 3 os motivos ensejadores da imposição de restrições ao referido direito fundamental.³⁴³

³⁴¹ Curso, p. 174-175.

³⁴² Mota, *op. Cit*, p. 17.

³⁴³ Art. 19:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O Estado não deve se arraigar do poder de promover a edição de legislação restritiva da liberdade de expressão, com o intuito de impedir a divulgação de ideias, convicções, atitudes e ideologias com as quais não tenha afinidade, ou de escolher quais as vozes que lhes são desejáveis de se fazer ouvir.³⁴⁴ Pelo contrário, deve atuar de forma a garantir a livre exposição de ideias, fatos e opiniões, em todas as suas nuances, a fim de permitir a ampliação do debate e fortalecer a formação de uma opinião pública pluralista.³⁴⁵

A proteção da liberdade de expressão, quando em colisão com outros direitos, deve ser realizada mediante o emprego da técnica de sopesamento, a ser realizado judicialmente no caso concreto. Não pode a livre expressão do pensamento prevalecer caso atinja no caso posto em análise outro direito fundamental, o qual se apresenta naquele momento, como de posição hierárquica superior.³⁴⁶

Rainer Grote³⁴⁷ ensina que a liberdade de expressão implica necessariamente na liberdade de difusão das ideias, as quais não podem ser objeto de ameaças, intimidação ou imposição por meio do uso da força, nem sequer de pressão econômica ou quaisquer outras formas de obstáculos que busquem impedir a livre formação e circulação de ideias.

Para Rainer Grote, a liberdade de expressão não pode compreender a livre divulgação de informações comprovadamente inverídicas.³⁴⁸ Sob esta ótica, calcada na teoria interna, a falsificação de dados estatísticos ou científicos, inidôneas atribuições de fatos e opiniões a terceiros, entre outras condutas similares, ultrapassam os limites da liberdade de expressão, uma vez que objetivam manipular as discussões públicas com elementos falsos, deturpando a livre formação de opiniões, infringindo o intento constitucional e

³⁴⁴ Grote, Rainer. *Free speech in German and European constitutional jurisprudence*. Em *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergências de um novo direito público*. Coord: Armin von Bongdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 523. O autor aponta que a limitação estatal pode ocorrer em raríssimas exceções, como a da exaltação do nazismo, o que é plenamente justificável na Alemanha.

³⁴⁵ Dias, op. Cit, p. 210.

³⁴⁶ BVerfGE 7,198 (caso Lüth), traduzido em Dimoulis, D. e Martins, L. op. Cit., p. 273.

³⁴⁷ Op. Cit, p. 524.

³⁴⁸ Op. cit, p. 525.

permitindo a apuração de responsabilidades nos âmbitos civil e criminal, pois vilipendiam direitos fundamentais de terceiros.

Pesquisas científicas, mesmo que posteriormente desmentidas por outros estudos posteriores, interpretações de fatos históricos ou de opiniões alheias, críticas e opiniões sobre fatos e pessoas³⁴⁹, são todas hipóteses protegidas pelo disposto no artigo 5^a, incisos IV e IX da Constituição da República.

Impende assinalar que a liberdade de expressão em face dos poderes e pessoas públicas deve ser reconhecida de forma mais ampla do que as críticas envolvendo partes privadas. Isto porque o próprio grau de exposição do indivíduo por ser uma pessoa pública ou atuar na esfera pública já é maior, além de permitir, por sua condição, uma considerável influência social e disponibilidade de mais fácil acesso aos meios de comunicação, o que por si só impõe a esses uma maior tolerância. Não significa dizer que a liberdade de expressão em tais casos não sofram quaisquer limitações. Jonatas Machado³⁵⁰ sustenta que existe um “santuário inultrapassável”, mantendo-se a proteção do conteúdo essencial dos direitos da personalidade mesmo se tratando de pessoas públicas ou extremamente extrovertidas, em locais públicos. Ademais, também ofensas exageradas, lançadas com o comprovado intuito de provocar dano ou falsas imputações de que tinha o ofensor pleno conhecimento, entre outros casos, podem ser passíveis de imposição de restrições à livre exposição do pensamento e gerar consequências em outros campos legais.

Finalmente, deve se assinalar que a liberdade de expressão abarca o direito à informação e o de utilizar o próprio idioma, bem como “não se limita nos direitos de escrever e falar, abarcando o direito de livremente utilizar de qualquer meio lícito de difusão do pensamento, com o fito de disseminá-lo ao maior número possível de destinatários.”³⁵¹

³⁴⁹ Desde que não desbordem para a simples e gratuita ofensa.

³⁵⁰ Citado por Marques, Andréa Neves Gonzaga. *Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 122.

³⁵¹ Corte IDH, Opinião Consultiva 5/85, de 13 de novembro de 1985. Em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em 12.10.2013.

3.3.2 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIMEIRA EMENDA À CONSTITUIÇÃO NORTE AMERICANA

Nos EUA podem ser encontradas duas concepções da liberdade de expressão. A primeira, que se origina na “liberdade dos modernos”, tem o foco no emissor da informação. Por sua vez, a segunda modalidade, confunde-se com a “liberdade dos antigos”, e foca sua ênfase no receptor.

Considerado o direito fundamental mais valorizado pela Suprema Corte, a liberdade de expressão foi tido como direito absoluto por Black. A esmagadora maioria da doutrina,³⁵² contudo, defende que a liberdade de expressão sofre diversas limitações, tais como no que se refere à obscenidade, falsidade evidente, entre outras.

Mota entende que a ótica norte-americana sobre a liberdade de expressão reza que uma opinião pública esclarecida é formada por uma livre circulação de ideias e informações e o ato de impedir a livre expressão do pensamento provocaria enormes prejuízos.³⁵³

O discurso do ódio é o principal foco da liberdade de expressão norte-americana.³⁵⁴ O primeiro dos casos tratados pela Suprema Corte foi *Beauharnais vs. Illinois*, de 1952, no qual foi considerado que as ofensas pessoais ou coletivas não estavam abrangidas no âmbito de proteção da Primeira Emenda. Mas em 1969, ao tratar do caso *Brandenburg vs. Ohio*, o mesmo órgão judicial mudou o sentido da orientação jurisprudencial, ampliando a ênfase na liberdade de expressão, ao reformar decisão condenatória de um líder da Ku Klux Klan em Ohio, por apologia ao crime, sustentando que a defesa de uma idéia não poderia ser impedida por meio de uma lei limitadora, mas apenas se incitasse ou produzisse violência .

Outro caso emblemático foi o *Smith vs. Collin*, no qual uma passeata organizada pelo Partido Nacional Socialista da América, pretendia circular com suas suásticas e uniformes nazistas em um bairro de maioria judia em Skokie,

³⁵² Como Owen Fiss e Frank Michelman..

³⁵³ Op. Cit, p. 17.

³⁵⁴ Para uma análise mais aprofundada, inclusive com a exposição de diversos julgados, vide Sarmiento, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” em Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207 262. -

nos arredores de Chicago. A Suprema Corte permitiu sua realização, mas os organizadores preferiram leva-la para outro local.

Como bem salientou Sarmiento, conforme o fixado pela jurisprudência dominante norte-americana, as limitações ao discurso do ódio, por restringirem o discurso político, são geralmente inconstitucionais, cabendo o Estado permanecer em uma posição neutra em relação às ideias, por mais repugnantes que sejam. A única exceção é a possibilidade de reação violenta, provocada pelas chamadas *fighting words*, a fim de garantir a paz e a ordem públicas.³⁵⁵ Expressões que foram relativizadas no caso *R.A.V vs. City of St. Paul*, de 1992, uma vez que as palavras de luta jamais poderiam ser afastadas por lei de forma parcial, ou seja, quando objetivava o legislador escolher apenas algumas modalidades de ideias para a vedação, ao invés de todas as intolerâncias, violando, assim, o dever de neutralidade estatal.

Do exposto acima, nota-se que a jurisprudência prevalecente naquele país dá enorme ênfase ao emissor da mensagem, o qual dispõe de liberdade quase absoluta para a manifestação do pensamento, mesmo que tal forma de expressão cause grande desconforto ou até mesmo ofenda consideravelmente o receptor.

No mesmo sentido acima, Ronald Dworkin defende que “a essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender”.³⁵⁶

Em Portugal, Jorge Figueiredo Dias, baseado nas doutrinas alemã e italiana, sustenta que a liberdade de expressão deve ser sem excessos, contida, restando vedada a utilização de palavras ou expressões violentas ou agressivas, ou seja, a fim de não extrapolar o razoável.³⁵⁷

Francisco Teixeira da Mota critica com ironia a postura paralisante e apaziguadora, calcada nos estudos de Jorge Figueiredo Dias, que prevalece na sociedade, na lei e na jurisprudência portuguesa, segundo as quais “o respeitinho é muito bonito”. Contudo, tal entendimento avesso às críticas e

³⁵⁵ Op. Cit, p. 214-215.

³⁵⁶ *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

³⁵⁷ Citado por Mota, op. Cit, p. 19.

confrontação de idéias, decorrente dos limites decorrentes das regras sociais seria nocivo por impedir a liberdade de expressão e a evolução de um debate livre e contundente.³⁵⁸ Ademais, diversas das condenações sofridas por Portugal no Tribunal Europeu de Direitos Humanos decorreu das restrições judiciais decorrentes do cerceamento da liberdade de expressão.

3.3.3 – O EFEITO SILENCIADOR

Como já mencionado anteriormente, a primeira emenda à Constituição norte-americana é o cerne da liberdade de expressão naquele país. Qualquer interpretação que seja feita sobre o assunto deve impreterivelmente partir de suas linhas, a fim de delimitar a extensão do direito nela contido.

A liberdade de expressão, talvez o mais prezado dentre todos os direitos constitucionalmente assegurados nos Estados Unidos da América, não é mais vista como um direito ilimitado, mesmo na terra das liberdades. Como todos os demais direitos fundamentais, pode (e deve) ser objeto de restrições por parte do legislador ou do Poder Judiciário, sempre que necessário.

Neste sentido, é de relevância ímpar o estudo do denominado efeito silenciador.

O efeito silenciador revela sempre um conflito entre a liberdade de expressão e outros interesses estatais que envolvem a regulação do discurso, os chamados contravalores. A limitação às *fighting words*, assim como no caso das palavras que possam gerar um *clear and present danger*, ou seja, quando o discurso é dirigido contra os relevantes interesses estatais são exemplos que demonstram uma fugaz limitação imposta pelo Estado à liberdade de expressão.

Owen Fiss afirma que os contravalores tratados pela Suprema Corte comandada pelo *Chief Justice Warren*, na década de 1960, mesmo considerando a então existente segregação racial, não traziam questões tão sedutoras e polêmicas como as atuais, citando a defesa da pornografia, o

³⁵⁸ Op. Cit, p. 18.

financiamento de campanhas e as palavras de incitação ao ódio como os grandes temas a ser enfrentados, pelo potencial rompimento dos paradigmas liberais da liberdade de expressão.³⁵⁹

O caso *Brown v. Board of Education*³⁶⁰ foi o julgamento que alterou todo o pensamento constitucional norte-americano anterior, ao julgar inconstitucionais as leis estaduais que impunham a segregação racial. A partir daí, começou a interpretação da liberdade a levar em consideração o argumento da igualdade, como pode ser visto também no caso *Roe v. Wade*³⁶¹, que trata da criminalização do aborto. Tal abordagem passou a fazer parte da ordem do dia dos demais poderes estadunidenses, sempre considerando conjuntamente os valores da liberdade e da isonomia. Com efeito, os grupos desprivilegiados, tais como as pessoas do sexo feminino, deficientes físicos, bem como pertencentes a minorias de toda sorte, como religiosas, étnicas, de orientação sexual não convencional, entre outras, foram beneficiadas por diversos regramentos de inserção social e medidas antidiscriminatórias.

A mudança de paradigma exposta acima, em razão da associação da igualdade e da liberdade, torna mais frágil a posição de supremacia da liberdade de expressão, uma vez que o argumento isonômico por vezes pende em favor da regulação do discurso, a fim de fazer prevalecer os interesses de grupos historicamente desfavorecidos.

Owen Fiss aponta a dificuldade de se estipular um método que privilegie sempre a liberdade em detrimento da igualdade ou o contrário.³⁶² O que se mostra inadmissível, segundo o autor, é a tentativa de se considerar a liberdade de expressão em seus pontos sensíveis como elemento externado, a ser previamente rechaçado, sem maiores explicações, em favor dos desvalidos.

O debate extremamente livre provoca, sem dúvida, uma maior possibilidade de se fazer escutar a voz da maioria, ou dos detentores dos

³⁵⁹ *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública.*

Tradução de Gustavo Binimbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro. Renovar, 2005, p. 37.

³⁶⁰ 347 US 483 (1954)

³⁶¹ 410 US 113 (1973)

³⁶² Op. Cit, p. 43.

meios de comunicação, ou ainda, dos grupos de maior poderio econômico, impedindo que os demais não tenham como defender em igualdade de condições suas convicções, restando impedidas de se tornar, não apenas a maioria, mas inclusive de ter voz ativa nas discussões de seu interesse. Este o chamado efeito silenciador; o abafamento das vozes dos que não conseguem se fazer ouvir.

O jurista norte-americano não aceita que seja dada prioridade ao contido na primeira ou décima quarta emenda. Para ele, ambas tem seu valor e devem ser harmonizadas, visto que a solução de mais discurso não seria suficiente para solucionar o impasse, sendo necessária uma forma de regulação. E o ente a quem compete a regulação dos discursos, a fim de possibilitar que todos tenham a oportunidade de se fazer ouvir é o Estado.

O antigo Leviatã, o temido ente abstrato que foi limitado pelos direitos fundamentais, passa, na hipótese, a ser o fomentador de um livre trânsito de ideias, a fim de garantir a liberdade de expressão e a igualdade. O objetivo do Estado atuando como regulador é o de permitir que todos os envolvidos tenham a oportunidade de expor seus pensamentos, mesmo que para isso, seja necessário “reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”³⁶³ e considerando que nem sempre o simples fortalecimento dos enfraquecidos é suficiente para que seus interesses passem a ser observados.

Segundo o preceito da neutralidade estatal, deve o Estado manter-se equidistante das partes contendoras, não sendo razoável que venha a distorcer a discussão, de modo a favorecer um ou outro ponto de vista a seu bel-prazer, mantendo-se isento.

Tal posicionamento não é o que deve ser adotado nas questões sensíveis dos financiamentos políticos, discurso do ódio e pornografia, que já têm os interessados privados a seu favor, diz Fiss. Nestes casos, o Estado regulador atua como mediador do embate, agindo de modo a enaltecer a democracia, mas não fica impedido de efetuar julgamentos de conteúdo, a fim de melhor esclarecer a opinião pública. A imparcialidade surge da plena

³⁶³ Fiss, op. Cit, p. 49.

exposição dos pontos de vista antagônicos,³⁶⁴ impedindo os excessos que perceber em um dos grupos que podem prejudicar a difusão das ideias e a qualidade da discussão. Não busca o Estado mediador impor um ou outro resultado, mas apenas favorecer o debate público, assegurando o amplo acesso à informação e garantindo que a escolha que a sociedade fizer, não importa em que sentido, seja resultado de boas condições de reflexão por ele proporcionadas.

É de se supor que em alguns casos os agentes do Estado regulador podem pretender se utilizar das ferramentas da regulação para tentar impor seus pontos de vista à sociedade, ou até mesmo conduzir políticas públicas de seus interesses. Por isso, é conveniente que tal função fique a cargo de um órgão independente, sem influência política.

O efeito silenciador do discurso deve ser visto como decorrência da democracia e, conseqüentemente, de seu corolário, o pluralismo. O Estado age, no caso, como agente promotor da igualdade, restringindo a liberdade de expressão de alguns para que seja possível que as vozes minoritárias sejam ouvidas.

A busca pela inclusão dos menos favorecidos não é privilégio norte-americano, podendo seus efeitos ser sentidos também no Brasil, embora tenha se iniciado tal movimento mais recentemente. A radiodifusão comunitária, os programas de complementação de renda, a criação de quotas para o ensino superior, as leis que reprimem a violência doméstica contra mulheres, idosos e crianças, as medidas de inserção de deficientes no mercado de trabalho são exemplos da importância do reforço do valor da igualdade trazido pela Constituição Federal de 1988, fazendo pouco a pouco brotar a sociedade livre, justa e solidária, tão sonhada pelo legislador constituinte e considerada como objetivo da Nação, constante do primeiro inciso do artigo 3º da Constituição da República.

³⁶⁴ Op. Cit, p. 53.

4 – CASOS DE COLISÃO ENVOLVENDO LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

4.1 – OSTENTAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO TRABALHO EM ESPAÇO PÚBLICO

Primeiro, uma breve introdução sobre o símbolo.

Peirce³⁶⁵, um dos fundadores da semiologia, denominava signos "todas as formas portadoras de informação"³⁶⁶ os dividindo em ícones, índices e símbolos. Os primeiros possuem relação de semelhança com o significado, como um mapa, imagem, entre outros. Os segundos denotam uma relação de continuação no tempo ou no espaço, como a fumaça com relação ao fogo, as pegadas no tocante ao animal, entre outros. Finalmente, os símbolos ligam o significado aos referentes de modo arbitrário, apenas pelo hábito ou convenção.

Os símbolos estão presentes no cotidiano. A Constituição Federal trata dos símbolos da República em seu art. 13, § 1º e permite que os demais entes federativos possuam símbolos próprios no §2º do mesmo artigo:

Art. 13. ...

§ 1º - São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei n. 5.700, de 1º de setembro de 1971, a qual trata da forma e apresentação dos símbolos nacionais, os mesmos presentes no Texto Magno.³⁶⁷

Símbolo religioso é aquele que, ao ser notado, traz em si o significado referente a uma determinada religião. Nota-se que nenhum símbolo religioso

³⁶⁵ Citado por Pugliesi, Márcio. *Teoria do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

³⁶⁶ O conceito é de Pugliesi, idem.

³⁶⁷ Na redação dada pela Lei n. 8.421/92, as constelações presentes na Bandeira Nacional correspondem ao céu às 8:30 do dia 15 de novembro de 1889, atualizada com a inclusão de estrelas correspondentes aos novos estados e supressão dos extintos.

está inserido como símbolo da República no Texto Constitucional ou em dispositivo infraconstitucional regulamentador.³⁶⁸

4.1.1 — A LIBERDADE RELIGIOSA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1.1.1 – OS SÍMBOLOS RELIGIOSOS NAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS

O caso *Lautsi Vs. Itália* (ap. 30.814/2006), julgado originariamente em 03 de novembro de 2009³⁶⁹ e em segunda instância em 16 de março de 2011³⁷⁰ pela Corte Europeia de Direitos Humanos é mundialmente conhecido como a afirmação da laicidade estatal. A interpretação dada pelos órgãos administrativos italianos era favorável à manutenção dos crucifixos, tidos como símbolos da cultura e história italiana, sustentada pela alegada ideia de igualdade, tolerância e liberdade religiosa, com embasamento legal nos Decretos Régios 965/24 e 1297/28.

A ação foi proposta por Soile Lautsi, em nome próprio e representando seus dois filhos Dataico e Sami Albertin, residentes em Abano Terme (Veneto) e naquela ocasião, a Corte entendeu violadas as disposições do Art. 2, I (direito dos pais em escolher o modelo de educação que pretende a seus filhos), combinado com o art. 9 (liberdade de pensamento, consciência e religião), ambos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Itália foi condenada pela Segunda Seção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos a retirar os crucifixos das salas de aula, em respeito à liberdade religiosa dos não aderentes à religião Católica Apostólica Romana.

³⁶⁸ Não obstante, nas cédulas da moeda nacional consta a expressão “Deus Seja Louvado”, o que parece ferir a necessária laicidade estatal. No mesmo sentido: Silva Jr, Hédio. *A liberdade de crença como limite à regulamentação do ensino religioso*. Trabalho apresentado ao PPGD – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Nível de Doutorado em Direito (área de concentração: Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

³⁶⁹ Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["lautsi"\],"kphthesaurus":\["154"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-95589"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Acesso em 18.01.2014.

³⁷⁰ Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["30814/06"\],"itemid":\["001-104040"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Acesso em 18.01.2014.

A referida decisão foi mal recebida pela sociedade italiana, majoritariamente católica, a qual considerou insustentável o julgado.³⁷¹

Irresignada, a República Italiana apresentou recurso da referida decisão perante a Grande Câmara, o qual foi provido em 16 de março de 2011.

A Corte entendeu que a solução sobre a disposição de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos de ensino compete a cada Estado-parte, não existindo consenso sobre o assunto. Ademais, considerou o crucifixo como um “símbolo passivo”, o que difere da imposição de participação em eventos de caráter religioso ou didática proselitista.

A comparação do decidido acima com o que predomina nos órgãos públicos pátrios é inevitável, em primeiro lugar, em razão de o Brasil ser o País com o maior número de católicos do mundo em números absolutos. Em segundo, pelo maior distanciamento do Estado brasileiro das religiões, quando comparado com o italiano.³⁷²

A ampliação dos direitos e garantias promovida pela entrada em vigor da “Constituição Cidadã” promoveu a busca para a dilatação do conceito de laicidade no seio da Administração Pública

Sem dúvida, uma das principais preocupações dos defensores de uma postura ainda mais secularizada é a batalha pela extirpação de qualquer referência religiosa nas repartições públicas.

Hélio Silva Jr argumenta que os Poderes da Executivo, Legislativo e Judiciário são submetidos aos princípios da Administração Pública, dentre os quais se destaca o da impessoalidade, que para Celso Antonio Bandeira de Mello

traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir

³⁷¹ Amostra da indignação italiana pelo julgado pode ser encontrada nas notícias dos jornais da época, como em <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2010/07/01/il-crocifisso-un-simbolo-nazionale-italia.html?ref=search> . Acesso em 14.03.2014. O percentual de italianos favoráveis à manutenção dos crucifixos segundo pesquisa realizada em 2010 foi de 86% dos entrevistados. Fonte: <http://italiadallestero.info/archives/9699> . Acesso em 14.03.2014.

³⁷² Embora existentes tratados com a Santa Sé, a relação com o Vaticano é muito mais distante do que a enfrentada pela Itália, uma vez que aquele país situa-se circundado pelo território italiano.

*não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.*³⁷³

A mais divulgada entre as iniciativas tomadas em nome da alegada liberdade religiosa foi o Pedido de Providências n. 1.344, promovido pela organização não-governamental “Brasil para Todos” perante o Conselho Nacional de Justiça, tendo como objetivo a eliminação dos crucifixos existentes nos fóruns e tribunais do País. O pedido foi recusado, em 29 de maio de 2007.

A ação civil pública n. 0017604-70.2009.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal em São Paulo, pretendeu a "retirada de todos os símbolos religiosos (crucifixos, imagens, etc.) ostentados nos locais proeminentes, de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios públicos da União no Estado de São Paulo". O Procurador Regional da República Jefferson Dias, sustentou que a manutenção dos símbolos religiosos nas repartições públicas configurava desrespeito ao “princípio da laicidade do Estado, da liberdade de crença, da isonomia, bem como o princípio da impessoalidade da Administração Pública e o princípio processual da imparcialidade do Poder Judiciário”.

O argumento principal trabalhado pelo relator do pedido de providências, Conselheiro Oscar Argollo, assim como o utilizado pela Juíza Federal Ana Lúcia Jordão Pezzarini para fundamentar a sentença de improcedência do pedido é que os símbolos religiosos permanecem no interior dos prédios públicos com fundamento no direito constitucional à cultura.

É extrema de dúvidas que há nítida expressão cultural na existência de crucifixos afixados no interior das repartições públicas. Até a proclamação da República o Brasil teve um típico Estado confessional, seja sob o jugo português, seja após a Independência, enquanto vigente a Constituição de 1824. As limitações sofridas pelas religiões diversas da oficial explica a razão de o percentual de pessoas adeptas à religião Católica Apostólica Romana em 1872 atingir a marca de 99,7% da população.

Além da informação acima, o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística elaborado em 2010, ao traçar o panorama religioso do País, aferiu que 64,6% da população total afirmou pertencer à religião Católica Apostólica

³⁷³ *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 84.

Romana; 22,2% se declararam adeptos de alguma religião evangélica; 2% se definiram como seguidores do Espiritismo, as religiões afro-brasileiras atingiram a marca de 0,3%; enquanto os que declararam não possuir religião ou não saber responder foram 0,1% da população brasileira.

Extrai-se do estudo acima que houve considerável redução do percentual de aderentes à religião católica e, conseqüentemente, um notável acréscimo do número de pessoas que seguem religiões diversas ou não se relacionam com qualquer delas, não aceitando o símbolo religioso como própria expressão de cultura, o que fragiliza sobremaneira o argumento cultural invocado pelas decisões apontadas.

É de se considerar que mesmo religiões que pertencem ou possuem estreita ligação com o cristianismo, como vários grupos evangélicos não toleram o uso do crucifixo, existindo, inclusive, aqueles que rejeitam qualquer símbolo religioso, inclusive a cruz.

O artigo 215 da Constituição Federal prescreve que as manifestações culturais, bem como suas fontes devem ser preservadas, o que não impede que o Estado crie limitações ao pleno exercício do direito à cultura quando esta não mais reflete os valores existentes na sociedade

Os valores culturais são modificados ao longo do tempo, como também a sociedade. As limitações às manifestações culturais impostas pelo Estado são possíveis e devem refletir os anseios sociais. A “farra do boi”, manifestação cultural de origem açoriana e cultivada por longo período em Santa Catarina foi proibida, demonstrando a possibilidade de imposição de restrições ao direito à cultura.

Embora possua nítido caráter cultural, o crucifixo não dispõe do mesmo significado de antanho. O símbolo sagrado passou a ser fator de desagregação entre seus opositores e defensores, não mais sendo um ponto de união entre as diversas modalidades religiosas.

Por outro lado, o Direito Constitucional, cujo escopo também é o de proteger os grupos menos favorecidos, deve buscar o perfeito equilíbrio entre os interesses destes e o da maioria, a qual nem sempre pode ser considerada opressora. Em matéria religiosa, a palavra “tolerância” é meio razoável de se atingir a composição de interesses.

Considerando a laicidade do Estado brasileiro desde a edição do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, não se mostra legítima a mera e simples manutenção do crucifixo nos espaços públicos somente levando em consideração o argumento cultural. Três são as soluções possíveis para o impasse: a retirada do crucifixo das repartições públicas, com a consequente impossibilidade da substituição deste símbolo por outro adorno de significação religiosa; a admissão ampla e irrestrita de fixação de quaisquer símbolos religiosos, o que não silenciaria os clamores dos que não os aceitam, sejam quais forem os motivos; e finalmente, a imposição legalmente chancelada de um ou mais determinados símbolos religiosos nos espaços públicos, que poderia até ser o crucifixo ou qualquer outro pretendido pelo legislador, o que teria como vantagem o argumento democrático e possibilitaria a revogação da medida quando a maioria democraticamente eleita assim considerar conveniente.

Parece mais adequada a terceira opção. O Poder Legislativo é o órgão legitimado pela Constituição para manifestar os desejos da sociedade por ele representada democraticamente e plenamente habilitado para fixar os limites da laicidade do Estado, inclusive permitindo ou não a existência e manutenção de símbolos de conotação religiosa nas repartições públicas.

O Estado é composto por todos os indivíduos, de variadas religiões. Não se mostra correto que uma parcela da população, pouco importa se majoritária ou não, tenha respeitado seu direito à liberdade religiosa, enquanto outra parte das pessoas tenha igual direito desprezado. Uma das funções principais do Direito Constitucional é a proteção das minorias, com vistas a obstar que a vontade da maioria elimine ou silencie seus interesses, afetando diretamente a dignidade humana.

Com efeito, até que sejam fixadas as balizas legislativas sobre a legitimidade dos símbolos religiosos nas repartições públicas, parece de bom alvitre a adoção do entendimento perfilhado por Daniel Sarmiento³⁷⁴, impedindo-se os símbolos religiosos nas áreas públicas das repartições igualmente pertencentes a toda a sociedade.

³⁷⁴ Op. Cit, 2009, p. 231-232.

4.1.1.2 – OS SÍMBOLOS RELIGIOSOS E OS SERVIDORES PÚBLICOS

Tendo como ponto de partida o acima exposto, surge a complicada questão sobre a impossibilidade de os servidores públicos portar ou utilizar símbolos religiosos quando em serviço nas repartições públicas e os limites que tais profissionais se sujeitam, em razão da atividade exercida.

A questão é tormentosa. Vários são os países que admitem que os símbolos religiosos sejam expostos por servidores públicos, como Canadá e Estados Unidos da América, somente impondo limites excepcionalmente), enquanto em outros a ostentação de tais sinais de caráter religioso são vedadas aos servidores públicos, tal como em grande parte da Europa, especialmente na Alemanha, França e Turquia.

O Ministério Público Federal, na ação civil pública 0017604-70.2009.4.03.6100 não tratou como matéria de fundo especificamente da questão agora enfrentada. Aliás, em sua argumentação, sugeriu a admissibilidade de o servidor público manter exposto, em sua sala ou gabinete reservados, símbolos religiosos, manifestando, assim, a sua livre convicção religiosa. Tal raciocínio não se aplicaria, contudo, caso as salas tenham como destinação o atendimento ao público, como uma sala para audiências ou no saguão do edifício.

Evidente a existência de encargos gerados pelo simples fato do exercício da atividade pública. A questão tormentosa que surge é a admissibilidade ou não de uma interferência estatal em seara tão íntima de um ocupante de cargo, emprego ou função pública, qual seja, na liberdade religiosa dos servidores públicos.

Em um primeiro momento, a interferência estatal na liberdade da expressão da religiosidade dos ocupantes de cargo, emprego ou função pública, de modo a impedir o uso de adornos que possuem significação religiosa se mostra ilegítima, parecendo massacrar a dignidade e direito de autodeterminação dos servidores públicos.

A seara religiosa íntima não é, em princípio, passível de imposição de limitações pessoais aos servidores públicos pelo ente estatal. Tal interferência, para que possa ocorrer, depende de outros valores que exijam observância, sob pena de inconstitucionalidade. Com efeito, em regra, os adornos

detentores de conotação religiosa são de livre utilização. Os símbolos religiosos podem vir a ser utilizados em variadas formas, como tatuagens, *piercings*, trajes característicos ou não, joias, entre outras. Compete aos demais indivíduos que com eles tenham contato manter o respeito e a tolerância ao elemento religioso trazido pelo servidor público.

Como exposto, o poder limitador dos direitos fundamentais exercido pelo Estado não pode chegar ao ponto de atingir o núcleo essencial de um direito, no caso, a liberdade de expressão religiosa. Ao assim atuar, viola a regra-mater da dignidade dos servidores públicos,

Destarte, deve ser aceita, salvo em hipóteses excepcionalíssimas que serão a seguir tratadas, com fundamento nos incisos IV, VI e IX da Constituição Federal, a possibilidade de o servidor público realizar atividades que envolvam o atendimento ao público, ostentando um ou mais símbolos religiosos, seja ele de qual religião for e qual a forma que se apresente, mesmo que causem desconforto aos não aderentes, sem que se tornem passíveis de reprimenda por parte de seus superiores hierárquicos ou terceiros.

Somente em casos especialíssimos é justificável ao Estado impor limites ao direito fundamental de liberdade da expressão da religiosidade dos servidores públicos, por meio de impedimento de exibição de símbolos religiosos, sempre no caso de colidência da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais. Eis algumas hipóteses permissivas.

O direito de liberdade de expressão religiosa, consistente na utilização dos símbolos religiosos por servidor público deve ceder face ao direito à saúde. O risco de disseminação de doenças e infecção hospitalar é motivo bastante para que seja imposta pelo ente estatal a limitação do uso de adornos pelos servidores públicos que atuam em ambiente hospitalar, caso estes sejam hábeis para tanto. Obviamente, uma tatuagem no corpo de um profissional público da área da saúde, já cicatrizada, não é veículo condutor de doenças ou infecções, razão pela qual não existe a vedação neste caso..

No caso de colisão do direito de proteção à saúde individual do trabalhador e o direito fundamental à liberdade da expressão religiosa decorrente do uso de vestimenta religiosamente típica, deve prevalecer a primeira opção. Supondo que um servidor público pretenda utilizar um adorno na cabeça, como um turbante, objeto de caráter religioso que impediria a

utilização de equipamento de proteção individual obrigatório para o exercício de determinada atividade, o argumento religioso não poderá predominar. Isto porque as normas que obrigam o empregador a zelar pela saúde do trabalhador têm também matriz constitucional e caráter cogente, não se configurando mero direito individual. Assim a liberdade religiosa cede espaço ao direito à saúde do trabalhador.

Finalmente, o direito à liberdade de expressão religiosa dos diplomatas e demais trabalhadores de missões diplomáticas no exterior também pode ser restringida quando indispensável. Representante do Estado no exterior, o qual tem por função zelar pelos interesses brasileiros em órgãos internacionais e em outros países, o diplomata deve evitar conflitos que possam prejudicar os anseios nacionais. Para isso, deve despir-se de qualquer interesse pessoal, inclusive de cunho religioso, que possa criar embaraços ao Brasil. A colisão aqui, se dá entre o interesse nacional e individual, razão pela qual deve despontar os valores estatais.

Assim, conclui-se que na quase totalidade dos casos pode o servidor público ostentar símbolos religiosos quando em serviço, sob risco de esfacelamento da dignidade humana e um de seus corolários, o direito de autodeterminação. Apenas em poucos casos pode o Estado limitar o direito fundamental de servidores públicos de exibir símbolos religiosos. Dentre as poucas hipóteses, estão os que trabalham em ambiente hospitalar (como médicos, técnicos em radiologia, enfermeiros), trabalhadores de missão diplomática no exterior ou caso fique impossibilitado o trabalhador de utilizar equipamento de proteção individual, pelo uso do símbolo religioso.

Assim, nos casos regulares, a liberdade religiosa do não aderente deve ceder frente à liberdade de expressão da religiosidade do servidor público.

4.1.1.3 – OS SÍMBOLOS RELIGIOSOS E OS BENS PÚBLICOS DE USO COMUM

Visto que à administração pública é obstada a manutenção de símbolos religiosos em suas repartições, resta analisar a relação possível entre bens públicos e os sinais de conotação religiosa.

Em sentido amplo, os bens públicos são todas as coisas pertencentes, aos órgãos da administração pública direta ou indireta, bem como às demais empresas governamentais.³⁷⁵

Para Odete Medauar, os bens públicos são aqueles que se sujeitam a normas diversas das que recaem sobre os bens privados e pertencem aos entes estatais, a fim de servir de meios para o atendimento mediato e imediato do interesse público.³⁷⁶

Diversos os critérios utilizados para classificar os bens públicos, dentre os quais se destaca o constante do artigo 99 do código Civil, que busca diferencia-los em razão da destinação dada. Por esse critério, os bens públicos são classificados em: a) bens dominicais, ou seja, aqueles que são objeto de direito real ou pessoal, por fazerem parte do patrimônio fiscal ou disponível da administração; b) bens de uso especial, destinados à execução dos serviços públicos. A utilização destes bens, em regra, somente pode acontecer nas condições a que se destinam. São exemplos dessa modalidade os estádios, ginásios esportivos, museus, entre outros; e c) bens de uso comum, melhor analisado a seguir..

Os bens de uso comum do povo, também chamados de bens do domínio público são os locais abertos à fruição própria da comunidade, ou seja, franquados à utilização do povo.³⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷⁸ leciona que os bens de domínio público podem ser utilizados por quaisquer indivíduos, “em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais”, sendo dispensada a formalização do uso por ato administrativo ou comunicação à autoridade pública, desde que preservada a finalidade a que destinada ou suportável a atividade secundária pretendida, dependendo a utilização em “sobrecarga vulgar” de autorização da administração. As ruas, lagos, praças, praias, parques, estradas, entre outros, são modalidades de bens de domínio público.

Conceituados e delimitados os bens que podem ser denominados públicos, e já apreciada a impossibilidade da Administração Pública em manter símbolos religiosos nos bens de uso especial, ou seja, nas repartições

³⁷⁵ Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed. Atual: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 479.

³⁷⁶ *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 244.

³⁷⁷ Meirelles, p. 481.

³⁷⁸ Op. Cit, p. 739.

públicas, compete a análise da admissibilidade de introdução e manutenção dos sinais de conotação religiosa em bens públicos de uso comum, tais como praças, estradas, rotatórias, ruas, lagos, entre outros.

Ao transitar pelas cidades do Brasil, é muito frequente a visualização de placas, gravações, estátuas e representações de sinais de relevante significação religiosa. O Cristo Redentor, situado no interior do Parque Nacional da Tijuca, especificamente no Morro do Corcovado, na cidade do Rio de Janeiro, é o mais importante exemplo de símbolo religioso em uma área pública nacional. Eleito em votação realizada por uma fundação suíça como uma das sete maravilhas do mundo moderno e pelos leitores da revista *América Economia*, em 2011, como o sinal representativo da América Latina, é o maior dentre todos, mas não o único objeto de questionamento feito pelos defensores da secularização do Estado.

As estátuas, habitualmente instaladas em pontos privilegiados dos municípios, como rotatórias, parques, praças, elevações naturais, aparecem em geral representando Jesus Cristo ou sua mãe em suas muitas variantes (Aparecida, Rosa Mística, do Sagrado Coração, entre muitas), demonstrando cristalina influência católica, são os maiores objetos de reclamações dos não adeptos à referida religião.

Maiores, todavia não são as exclusivas fontes de controvérsias. Nos municípios litorâneos, normalmente podem ser encontradas em locais próximos às praias ou em entradas das cidades, estátuas de Iemanjá, divindade característica de religiões de origem africana, considerada a “Rainha das Águas”. Em menor número, são encontrados símbolos judaicos, bem como outros aceitos por outras religiões.

A existência de símbolos religiosos nos espaços de uso comum não contraria os ditames constitucionais.

Uma das parcelas do direito à livre manifestação do pensamento, a liberdade de expressão tem nos símbolos religiosos fonte de grande representação do que se pretende traduzir ao expô-los.

Diversamente do ocorrido quando expostos fixados, adornados símbolos que façam referências a uma ou várias religiões no interior e na parte externa das repartições públicas, que são as representações do Estado-Administração, e por isso, locais onde há de prevalecer a pranteada laicidade do Estado, nos

bens públicos de uso comum deve ser permitida exibição de sinais representativos da fé religiosa.

O argumento a ser utilizado para a defesa da instalação e preservação dos símbolos é o mesmo usado, de forma equivocada como se demonstrou acima, para a manutenção dos crucifixos nas repartições públicas: o argumento cultural.

As situações não são exatamente iguais, o que leva à diversidade do tratamento a ser empregado num e noutro caso.

Os bens públicos de uso comum podem legitimamente ser adornados com sinais representativos da fé religiosa, a fim de garantir a liberdade de expressão religiosa de um povo ou de parcela dele, mesmo que ínfima.

Os bens de uso comum, pela possibilidade de uso livre por todos os indivíduos, desde que observadas suas finalidades, são locais utilizados para a realização de homenagens a eventos e personagens históricos, de caráter local, nacional ou estrangeira, assim como organizações e instituições, sejam elas militares, civis ou até mesmo religiosas. Para tanto, somente necessária a observância dos trâmites administrativos e legais correspondentes para que seja viabilizada a especial deferência.

Não há qualquer infração às prescrições constitucionais ao se conceder homenagem a uma instituição religiosa, ao menos, em abstrato. Assim como se veneram personalidades e fatos de especial relevância histórica, é natural que tudo que o ajudou, de qualquer forma, a formar a consciência de uma comunidade, possa receber a benesse, pouco importando se por meio do nome apostado em uma rua, de uma estátua representativa, modelos paisagísticos ou o que mais a criatividade humana possa imaginar. O que fica inviabilizado pela laicidade estatal é o favorecimento de uma religião em prejuízo das demais. A simples homenagem, destituída de valor econômico, não tem o condão de provocar, por si só, danos às demais crenças.

Pode se objetar que a desigual destinação de verbas públicas para a viabilização de honraria física a ser recebida por instituições religiosas corresponderia a uma afronta a não-discriminação, violando a Lei Maior. Contudo, deve ser levado em consideração que a distribuição dos valores destinados para tal finalidade entra no poder de discricionariedade do administrador ou do legislador, podendo ser justificada a desigualação do

montante a ser destinado, tanto para exaltar os feitos de uma religião predominante, quanto para a promoção de uma entidade religiosa marginalizada.

Deve ser tido como inconstitucional lei que destine sejam revertidos à instituição religiosa homenageada ou outra a ela relacionada, os valores arrecadados a título de estacionamento, ingresso ou quaisquer outros recebimentos obtidos pelo uso dado ao bem de domínio público. A vedação se justifica pelo favorecimento econômico que o bem público de uso comum traria a um específico grupo religioso, em detrimento dos demais.

Não há qualquer violação ao direito fundamental de expressão livre dos não aderentes à religião, pela simples existência da representação de conteúdo religioso. Ademais, possível que em uma ocasião sejam objetos da homenagem os próprios questionadores, que da mesma forma, não poderão ter a exaltação pública impugnada.

Do exposto, observados os cuidados apontados acima, não há obstáculo constituição para a instalação e manutenção, nos bens públicos de uso comum, de símbolos e demais representações de conteúdo religioso, pois harmonizados os direitos à liberdade religiosa e a liberdade de expressão.

4.2 – O PROSELITISMO E O TRANSPORTE PÚBLICO

Proselitismo é a tentativa de convencimento de alguém a aderir a uma ideia, religião ou causa. Por sua vez, sua especificação, o proselitismo religioso relaciona-se ao mesmo tempo com a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Objetiva a aquisição de novos adeptos a determinada crença ou religião, por meio do discurso persuasivo.

Denominado “evangelização” pelos religiosos cristãos, proporciona o pluralismo e a difusão das ideias religiosas.

O proselitismo não é indispensável às religiões. Há religiões nitidamente proselitistas, como o catolicismo, o islã, jeovismo, mormonismo e o protestantismo. O budismo, xamanismo, o espiritismo e a umbanda. Como característico de algumas religiões, em princípio, deve ser admitido.

É dever do Estado garantir a convivência pacífica e respeito mútuo entre os diversos segmentos religiosos, a fim de preservar a paz social e direito de todos à liberdade religiosa, inclusive o de não professar religião alguma.

Não é sempre que o receptor da mensagem religiosa se mostra disposto a aceitar a tentativa de conversão. Muitas vezes o discurso persuasivo é empregado de forma ultrajante, até mesmo violenta. Com efeito, o proselitismo religioso é potencial gerador de conflitos dependendo do modo como o emissor e o receptor se portam.

O direito ao proselitismo religioso, decorrência dos direitos fundamentais à liberdade religiosa e de expressão, pode ser visto sob dois prismas: o do emissor ou fonte e o do receptor ou alvo.³⁷⁹ Conforme seja dada prevalência a um ou outro critério, a liberdade do que expõe suas convicções religiosas ou o do indivíduo atingido pelo pensamento religioso por vezes indesejado será atacada. O que o intérprete deve buscar é o difícil e justo equilíbrio entre os dois, tendo como finalidade a maior garantia possível dos direitos de ambos os grupos.

Como direito fundamental do emissor, o proselitismo insere-se no direito do indivíduo de expor publicamente suas convicções religiosas e de alterar seu posicionamento religioso.³⁸⁰

Enfatizando a posição do receptor da informação, este teria o direito de somente receber as informações que busca espontaneamente,

A questão da possibilidade do exercício do proselitismo no interior dos veículos de transporte públicos se revela demasiadamente tormentosa. Mesmo considerando o foco do direito ao proselitismo exclusivamente na fonte do pensamento religioso, restaria o problema enfrentado nos casos anteriormente invocados.

O veículo de transporte público é considerado pela doutrina como bem de uso especial. Adotando o critério escolhido para a solução dos casos da exposição dos símbolos religiosos nos espaços públicos, resultaria justo o

³⁷⁹ SANTOS, Milene Cristina. O proselitismo religioso entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: a "guerra santa" do neopentecostalismo contra as religiões afro-brasileiras. 2012. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

³⁸⁰ O direito de mudança de religião é visto com reserva pelos países islâmicos, sendo que em alguns deles gera o delito de apostasia, punível com pena de morte.

impedimento à busca de novos aderentes às religiões por meio das pregações realizadas no interior dos veículos e áreas internas destinadas ao transporte públicos.

4.3 - MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS E POPULARES E OS ESPAÇOS PÚBLICOS

Com relação às manifestações artísticas, Felipe Chiarello de Souza Pinto diz que a liberdade de manifestação de pensamento na Constituição vigente é a maior obtida dentre suas antecessoras.³⁸¹

Não obstante a vedação constituição à censura, eventualmente ocorrem intervenções judiciais que promovem a vedação da manifestação de pensamento, principalmente nos casos de biografias não autorizadas³⁸² e filmes excessivamente violentos.

A busca pela máxima efetividade dos preceitos garantidores da liberdade religiosa e da ampla autonomia de expressão em matéria religiosa continua trazendo questões tormentosas envolvendo os espaços públicos.

Indaga-se sobre a utilização dos espaços públicos para que se realizem manifestações artísticas e populares de conteúdo religioso, não mais simplesmente envolvendo símbolos religiosos.

A liberdade de expressão no que envolve as manifestações artísticas, após o alvorecer da atual Constituição costuma ser ampla, salvo raríssimas exceções. O Estado deve se manter alheio ao processo de criação artística e aos meios de divulgação do pensamento, devendo agir, *a posteriori*, infligindo aos que excedam em sua atuação as reprimendas civis e criminais cabíveis.

Quando envolve o direito à liberdade religiosa surgem algumas dúvidas que merecem resposta constitucionalmente adequada.

Não há óbice no que se refere à liberdade religiosa ou de expressão às exposições de arte sacra ou até mesmo, de instrumentos de tortura usados durante o período da Inquisição em museus ou galerias públicas. Os problemas

³⁸¹ Pinto, Felipe Chiarello de Souza, *Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 98.

³⁸² Para um aprofundamento sobre as biografias não-autorizadas, vide o excelente artigo de Roberto Dias, já mencionado.

surtem se o administrador³⁸³ busca realizar eventos desses tipos em sedes de governo, dos órgãos legislativos ou tribunais.

Simbolicamente, as sedes dos três poderes têm íntima relação com o Estado. Qualquer manifestação de apreço ou desprestígio de uma certa religião feita em um desses locais é facilmente assimilada como manifestação do próprio ente administrativo em idêntico sentido, em nítida violação à laicidade do Estado e, conseqüentemente, à Lei Maior.

Com efeito, vedada a exposição de artes sacras, artigos religiosos e qualquer outro elemento de significado religioso nos espaços públicos onde exercidos os três poderes estatais, não prevalecendo, no caso, os argumentos favoráveis à liberdade de manifestação artística ou de cultura.

Visto que nesses ambientes inclusive manifestações consideradas suavemente ofensivas podem ser consideradas afrontas à liberdade religiosa dos não aderentes, não há como se aceitar a presença dos símbolos religiosos nas repartições públicas, ao menos nos termos expostos acima quanto aos símbolos religiosos.

Um artista pode representar, em regra, por meio de pinturas, fotos, desenhos, inclusive em quadrinhos, figuras relativas a uma determinada religião. Ícones religiosos, trajes característicos, retratação de eventos típicos, tranes, inclusive de modo caricatural ou até levemente pejorativo. Nestes casos, mesmo que os adeptos de uma religião se sintam ofendidos com determinada manifestação artística, a liberdade de expressão do seu autor se mantém intacta. As charges publicadas no jornal dinamarquês Jyllands-Posten, em 2005, as quais traziam uma representação do profeta Maomé, foram motivo de indignação de adeptos da religião islâmica no mundo todo. Não obstante os reclamos de países muçulmanos, inclusive com solicitações da Liga Árabe e da Conferência dos Países Islâmicos à Organização das Nações Unidas à União Europeia, o governo da Dinamarca refutou um pedido de desculpa, sustentando a ingerência na mídia e o livre exercício da expressão.³⁸⁴

³⁸³ Englobando aqueles que exercem função administrativa, em quaisquer dos poderes do Estado, como Presidente de Tribunal, Presidente de Assembléia Legislativa, e outros.

³⁸⁴ Dieter Grimm aponta que as figuras "são mais significativas que textos, e evocam representações diretas e reações. Por outro lado, elas determinam a recepção com menos intensidade que textos, são mais abertas e mais carentes de significados". (*Após a disputa em torno das caricaturas: precisamos de um novo balanço entre liberdade de imprensa e proteção à religião?* Em *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J.*

Ora, a incitação ao ódio religioso é o limite a ser observado no tocante à liberdade de manifestação artística e cultural. Qualquer manifestação que busque disseminar a desarmonia violenta entre as religiões é condenável.

Neste sentido, a associação de personagem religioso com atitudes criminosas, a manipulação claramente inverídica de fatos históricos ligados a uma determinada religião e a falsa imputação de condutas a adeptos de uma crença são condutas que se distanciam do que pode ser constitucionalmente tolerado no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Não é lícito o indivíduo se esconder de sua responsabilidade sob a alegação de que praticou o ato sob o pálio de sua liberdade de expressão especialmente qualificada. A arte não pode ser escudo de tão vil intenção, sob risco de ver a sociedade refém de “falsos artistas”.

A liberdade de expressão mediante a manifestação artística escrita sofre as mesmas restrições no que se refere à possibilidade de incitação ao ódio religioso.

Os diversos escritos publicados por Siegfried Ellwanger, cujos trechos ocasionaram sua condenação por crime de racismo, atacam, indiretamente, a religiosidade de um povo. Deve ser anotada, por oportuna, a advertência feita pelo Ministro Moreira Alves, de que, aceito o raciocínio desenvolvido pelo voto que veio a se tornar vencedor, livros, mesmo de autores consagrados, poderiam ser inseridos em um catálogo de obras proibidas, por implicar crime de origem religiosa,³⁸⁵ polêmica que voltou à tona hodiernamente, com suas particularidades, com a tentativa de vedação à obra de Monteiro Lobato.

Um cuidado deve ser tomado: não se deve impedir a circulação de uma obra antiga, utilizando o argumento de que a visão empregada não se coaduna com a dos tempos atuais. Se assim fosse, algum burocrata poderia considerar “Ética a Nicômaco” proscrito, por fazer referências à escravidão, por exemplo. No entanto, a vedação se aplica quando a obra, sem intuito científico e apego aos fatos históricos, busca apenas proliferar o ódio e discriminação de determinado segmento religioso.

Gomes Canotilho. Coord: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo, RT, ; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 185)

³⁸⁵ STF – HC 82424, Relator: Min. Moreira Alves, para o acórdão, Min. Maurício Correa.

Modalidade artística onde se encontram vários exemplos de ataques à liberdade de expressão, os filmes possuem múltiplos exemplos de restrições decorrentes de questionamentos religiosos.

No Brasil, o sempre lembrado *Je vous salue, Marie*, obra de Jean-Luc Godard, foi o último filme a ser previamente censurado, em 1986, durante o mandato presidencial de José Sarney, em razão do conteúdo que causou repulsa dos católicos em todo o mundo.

O caso mais famoso envolvendo a liberdade de expressão e liberdade religiosa na América Latina, julgado até mesmo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Olmedo Bustos vs. Chile), mas que não foi objeto de censura nos cinemas brasileiros à sua época, foi o filme “A última tentação de Cristo”.

Recentemente, o curta metragem “Inocência dos muçulmanos” causou especial revolta do mundo muçulmano. No Brasil, o juiz Gilson Delgado Miranda determinou a suspensão liminar da veiculação no País do acesso ao filme por meio do provedor Youtube, do Google Brasil Internet Ltda, em razão da comoção causada aos adeptos daquela religião, bem como pelo potencial risco de o filme incitar ou induzir indivíduos à discriminação por motivo de preconceito religioso, fazendo o direito de liberdade de expressão ceder frente à necessidade de proteção da liberdade religiosa. Posteriormente, o feito foi julgado improcedente.

Importante ainda a abordagem da liberdade de expressão na manifestação de humoristas. Esta a modalidade artística que atua mais próximo dos limites do que pode ser considerado como ofensa religiosa e incitação ao ódio religioso.

Leonardo Sakamoto, professor de jornalismo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo aponta sua preocupação com o tema. Em seu *blog*, defende a vedação do uso dos meios de comunicação de massa, os quais dependem de concessão pública, “para a apologia à discriminação étnica, à homofobia, à xenofobia e a preconceitos e intolerâncias”.³⁸⁶

O argumento utilizado é que o humor “politicamente incorreto” perpetua as injustiças contra os grupos há muito ridicularizados.

³⁸⁶ <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2012/12/17/o-humor-deve-ter-limites-ou-vale-tudo-em-nome-da-liberdade-de-expressao/> Acesso em 16.08.2013

Admitindo como correto o entendimento do referido professor e o transportando para os espaços públicos, como teatros, praças, parques, entre outros, é de se defender os sofridos alvos do escárnio, impedindo que tais atitudes nocivas sejam praticadas em locais que são mantidos pelo erário público, com supedâneo na dignidade humana e na não-discriminação.

As manifestações populares tocam mais um importante direito fundamental além dos já mencionados: diz respeito ao direito de liberdade de reunião.

Liberdade de reunião, a qual engloba três outras liberdades, quais sejam, a de promoção, participação e não participação,³⁸⁷ pode não ser utilizado autonomamente, servindo como condição para o exercício de outras liberdades, como doutrina Fernando Dias Menezes de Almeida.³⁸⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que, embora não possa ser impedida a realização de reunião, sob pena de inconstitucionalidade, pode a Administração Pública obstar a realização de reuniões em locais que possam trazer sérios transtornos à coletividade:

Não seria de supor que a Constituição estivesse, com tal dispositivo, facultando que as distintas facções políticas, mais as inúmeras entidades sindicais ou agrupamentos de trabalhadores, mais qualquer contingentes de pessoas interessadas na propagação de idéias (religiosas, culturais, humanitárias, sociais, etc.), pudessem promover, onde melhor lhes parecesse e com a frequência que lhes apetecesse, concentrações capazes de implicar a interrupção de vias de grande circulação, como verbi gratia, em São Paulo, a av. Paulista, a av. São João, av. Ipiranga ou, no Rio de Janeiro, a av. Rio Branco ou outras de mesma importância. Fosse isto possível, artérias como as aludidas estariam com alarmante regularidade subtraídas à sua destinação principal, com os conseqüentes

³⁸⁷ Jorge Miranda, citado por Almeida, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 179.

³⁸⁸ Op. Cit, p. 223.

*transtornos sérios para toda a coletividade, assim agravada para atender aos interesses, ainda que respeitáveis, de uma simples fração dela. Não se pode admitir que o interesse do todo seja sobrepujado pelo interesse de alguma ou algumas de suas partes.*³⁸⁹

Em tempos de protestos descontrolados, com interdições de vias arteriais e rodovias de grande circulação, as advertências do grande mestre são de grande valia. Supondo que uma dessas grandes aglomerações seja causada por uma reunião religiosamente motivada, pacífica, onde os participantes encontrem-se sem armas, porém, realizada em uma via de importância ímpar para a locomoção em determinada região, impedindo a livre circulação de outros indivíduos, não parece ser desmedida a imposição de restrições do espaço ocupado pelos manifestantes. O artigo 5º, em seu inciso XVI, deve ser considerado norma constitucional de eficácia restringível e, mesmo quando analisado em conjunto com o inciso VI do mesmo artigo e com o artigo 215, § 1º do Texto Magno, deve ser possibilitada a atuação administrativa em favor dos demais cidadãos.

As reuniões de cunho religioso também podem ocorrer no interior de parques e em praias, praças e demais espaços abertos, o que não apresenta maiores problemas, salvo a limitação de prévio aviso às autoridades, como constante no inciso XVI do artigo 5º da Lei Maior. No que se refere aos bens de uso especial, tais como estádios, ginásios, aeroportos, entre outros, a realização de evento religioso depende de autorização da autoridade competente, que atua no imbuída de poder discricionário. Neste sentido, há precedente jurisprudencial.³⁹⁰

A liberdade de religião e a de expressão entram em rota de colisão nos temas sensíveis ao sentimento religioso. Uma festa popular marcada para ser realizada em um bem público de uso comum para comemorar a vitória bélica contra um grupo religioso pode ou não ser considerado um ato lesivo à liberdade religiosa do grupo vencido, dependendo dos elementos presentes no

³⁸⁹ Op. Cit, p. 741.

³⁹⁰ STJ – 1ª seção, AGRMS 199700641953, rel. Min, Humberto Gomes de Barros, v.m. DJ DATA:09/11/1998 PG:00004 LEXSTJ VOL.:00115 PG:00046 ..DTPB: dec. 24.09.97.

caso posto em discussão. Mais uma vez, o fator a ser averiguado é o uso das *fighting words*, que podem levar a um sentimento de intolerância religiosa extremado, não aceito pela ordem constitucional.

Com efeito, dadas as condições acima expostas, verifica-se, em regra, a ligeira prevalência da liberdade de expressão em face da liberdade religiosa nos casos em que colidentes direitos fundamentais.

5 – CONCLUSÃO

No presente estudo, procuramos enfrentar a possibilidade de colisão entre os direitos de liberdade religiosa e a liberdade de expressão, bem como a implicação deste embate tendo como pano de fundo o Poder Público.

Os direitos fundamentais, cuja origem é controvertida, representam um dos pilares do Constitucionalismo. A importância dos capítulos referentes aos direitos e garantias nas diversas constituições demonstra a evolução dos textos constitucionais ao longo do tempo, mesmo considerando alguns retrocessos, frequentemente decorrentes da ascensão ao poder de governos totalitários, desapegados aos limites constitucionalmente postos às suas ações contrárias às liberdades.

As diversas gerações de direitos fundamentais, jamais tomadas de forma a excluir as anteriores, como bem doutrinam Abramovich e Courtis, ilustram muito bem quais os rumos que deve o direito constitucional interno tomar, a fim de ampliar a proteção a novos bens jurídicos que antes eram desconhecidos ou que não apresentavam relevância suficiente para merecer o cuidado do legislador constituinte.

A grande importância dada ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais nos dias atuais revela o descontentamento gerado pelo descumprimento da vontade da Constituição por parte do legislador infraconstitucional.

As colisões de direitos fundamentais podem ocorrer entre quaisquer deles, inclusive entre dois mesmos direitos, de titulares diversos. A opção, no presente trabalho, foi por abordar a relação conflituosa entre a liberdade religiosa e a liberdade de expressão.

Tais direitos já trazem consigo diversos questionamentos quando analisados individualmente. Colocados frente a frente, provocam situações tormentosas, que não aceitam soluções simplistas.

Reiteramos que somente se percebe a importância dos direitos fundamentais, como a liberdade religiosa e a liberdade de expressão quando submetidos a alguma forma de restrição. A colisão de direitos nada mais é que o choque entre direitos fundamentais e outros direitos de igual envergadura, que gera a necessidade de se buscar, no caso concreto, qual deverá

sobressair e qual deverá ceder espaço para se atingir a máxima eficácia possível desses direitos, veiculados nas Constituições por meio de princípios, os quais são chamados de mandamentos de otimização, conforme ensina Robert Alexy.

A harmonização entre os direitos fundamentais é a condição ideal a ser buscada, uma vez que permite a atuação de dois os mais direitos na maior medida possível, sem que algum deles fique impedido de produzir seus efeitos frente o caso apresentado. O sopesamento, mediante o emprego da proporcionalidade, é o principal meio de solução de litígios envolvendo direitos fundamentais, razão pela qual o modelo proposto por Alexy se mostra o mais indicado para aplicação para a solução dos casos difíceis, como os enfrentados no presente trabalho. É certo, porém, que nem sempre a harmonização de direitos fundamentais é possível, fazendo com que somente um desses direitos opere efeitos frente ao outro, que não atuará naquele caso.

A liberdade religiosa é um dos direitos fundamentais que mereceu atenção especial por parte do legislador constituinte. Vários os dispositivos constitucionais abordam o tema, além do preâmbulo, o qual escancara a convicção do legislador constituinte na existência de um ser transcendente, que teria abençoado os trabalhos constituintes.

Tal pressuposição não faz da Constituição mais ou menos laica. Contudo, embora exista quase um consenso de que esta parte da Constituição não disponha de força normativa, presta-se como vetor interpretativo para nortear o aplicador do direito,³⁹¹ ao menos para reforçar a importância dos dizeres referentes à religião no Texto Magno e a fim de fortalecer o referido direito nas colisões com outros direitos constitucionalmente previstos.

A laicidade estatal, presente nas Constituições brasileiras desde o advento da República, se por um lado impede a intervenção do Estado no desenvolvimento da atividade religiosa, por outra banda obriga o tratamento igualitário entre os diversos credos, afastando os privilégios despropositados que possam ser atribuídos a uma ou outra religião.

³⁹¹ Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

Ademais, a laicidade é valioso instrumento para que o Estado possa desempenhar seu papel na manutenção e desenvolvimento do pluralismo no espectro religioso.

Outro direito que gozou da preferência do constituinte foi a liberdade de expressão. Decorrente da manifestação livre do pensamento foi o mais ofendido durante os anos de regime totalitário enfrentados pelo País, mormente no último deles, antecedente imediato da Constituição Cidadã.

A expressão livre se dá em todos os campos do saber. Não apenas no científico, artístico, intelectual e de informação, podendo inclusive ser cultural, religiosa, entre muitas outras.

Note-se que, em algumas das hipóteses analisadas, como nos casos da ostentação dos símbolos religiosos por servidor público, a liberdade de expressão de um grupo quase se mistura com sua própria liberdade religiosa, mas com ela, porém, não se confunde, pois a liberdade de religião não compreende, por si só, a liberdade de portar símbolos considerados sagrados, por não ser esta uma característica comum de todas as religiões. Decorre, sim, da manifestação simbólica do pensamento, favorável a uma determinada religião.

A força total da liberdade religiosa se mostra nos casos em que envolvido o direito à não-discriminação, bem como quando presente a incitação ao ódio e violência contra determinado grupo religioso.

Nas repartições públicas e outros bens considerados de uso especial pela doutrina administrativista de Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles,³⁹² a solução da colisão dos direitos se dá com a aplicação do princípio da laicidade estatal, o qual, embora não deduzido expressamente, pode ser extraído principalmente do disposto no art. 19, I da Constituição, como corolário da tríade liberdade, igualdade e democracia, como bem desenvolvido por Joana Zylbersztajn.³⁹³ Com efeito, nestes casos a limitação aos direitos de liberdade religiosa e liberdade de expressão ocorre em favor da coletividade, abstratamente considerada, como decorrência do Estado secular

³⁹² Exceto museus e galerias públicas, em exposições de itens religiosos e bens destinados a abrigar grande número de fiéis para evento certo, como estádios, ginásios, entre outros.

³⁹³ *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Trabalho apresentado ao PPGD – Universidade de São Paulo – Nível de Doutorado em Direito (área de concentração: Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

brasileiro.³⁹⁴ A laicidade contudo, não é motivo suficiente para criar embaraços nos espaços de uso comum, onde deve reinar a livre expressão religiosa e cultural do povo. As limitações que podem surgir nestes locais decorrem de colisão com outros direitos.

Assim, verifica-se que, embora não haja uma fórmula estanque para que a liberdade religiosa ou a liberdade de expressão prevaleça sempre sobre o outro, a harmonização dos direitos fundamentais, mediante o emprego da proporcionalidade como solução da colisão entre a liberdade religiosa e a liberdade de expressão é o melhor caminho a ser enfrentado, fazendo com que de acordo com cada caso concreto, o peso de cada um dos direitos seja analisado e dada a preferência conforme aferido pelo intérprete no momento do sopesamento.

³⁹⁴ Ressalva-se o dito sobre a ostentação de símbolos religiosos pelo servidor público.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002

ABRAHAM, Nabeel. *I media degli Stati Uniti e il fondamentalismo islâmico em Ai quattro angoli del fondamentalismo: movimenti politico-religiosi nella loro tradizione, epifania, portesta, regressione*. Coordenação: Roberto Giammanco. Firenze: La Nuova Italia, 1993.

ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros,

AGUIAR, Marcelo de Souza. *A dignidade e a Constituição Cidadã de 1988*. Em *Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, democracia e justiça*. Orgs. Lafayette Pozzoli, Márcia Cristina de Souza Alvim. São Paulo: Educ-Fapesp, 2011

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____,. *La fórmula del peso*. Em Carbonell, Miguel (Coord). *El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Tribunal Europeu Y Corte Americana de Derechos Humanos: ¿escenarios idôneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed. Coimbra: Almedina

ANTONIAZZI, Mariela M. *La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Em *Direitos humanos: democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Coord: Armin von Bongdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.314.

AQUINAS, Thomas. *Summa Theologica, Part I*, Tradução: Fathers of the English Dominican Province. Em <http://www.gutenberg.org/cache/epub/17611/pg17611.html> p. 206. Acesso em 05.03.2014.

ARISTÓTELES - *Ética a Nicômaco*, Tradução de Torrieri Guimarães, 5ª ed., 10ª reimp. São Paulo: Martin Claret. 2012.

_____, *Política*, 3ª ed. Brasília: UnB, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos - 7ª ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000,

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação d Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 17.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*, in: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998.*, São Paulo: Saraiva, 1988.

BATAILLE, Georges. *Teoria de la religion*. Tradução de Fernando Savater. 1998. Madrid: Taurus Humanidades.

BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Tradução de Ángel Rivero Rodriguez. Madrid: Alianza, 2001.

BLANCARTE, Roberto. *América Latina entre pluri-confesionalidad y laicidad*. Em *Civitas*, vol 11, n. 2. Porto Alegre: maio-ago. 2011.

_____. *O porquê de um Estado laico*. Em *Em defesa das liberdades laicas*. Org. Roberto Arriada Lorea. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los Derechos*, Trad. Rafael de Asis Roig. Madrid: Sistema, 1991.

_____, *Igualdade e Liberdade – 2ª edição.*, Rio de Janeiro: Ediouro .1997.

_____, *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed., 4ª reimp. São Paulo: Brasiliense.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

BUENO, Eduardo. *A Viagem do Descobrimento*. Coleção Terra Brasilis, vol. I. Rio de Janeiro, Objetiva, 1998

CALMON, Pedro. *História do Brasil, Vol I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, p. 24.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernandez Miranda. **Estado laico y libertad religiosa**. *Revista de Estudios Políticos*, 1978, VI.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Lisboa: Livraria Almedina, 1999.

_____; *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1ª ed bras., 2ª port. São Paulo: RT, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Pinto Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CASTILLO, Antonio López. *A propósito de la neutralidade religiosa en el 25º aniversario de la Constitución Española: Un apunte crítico*, em *Derecho Constitucional para el siglo XXI – Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Editor: Javier Pérez Royo y otros. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

CAVALCANTE, Temístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949.

CERÓN, Maria Alejandra Cárdenas. *Aproximación conceptual AL derecho de igualdad em La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*. Em *Apuntes sobre el sistema interamericano. Temas de Derecho Público n. 79*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

- CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. *Liberdade religiosa e laicidade: evolução histórica e análise constitucional*. 2010. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo
- _____, *A liberdade religiosa nos Estados modernos*. Coimbra: Almedina, 2012
- CHIARELLO, F. *Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão*. São Paulo: Max Limonad, 2001
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo. Companhia das Letras, 2006.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 17, 2008. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 23.03.12.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 2ª ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Res publica. Ensaios constitucionais*. Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Forum, 2012

_____. *Liberdade de expressão: biografias não autorizadas*. Direito, Estado e Sociedade. n.41 p. 204 a 224 jul/dez2012

_____.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008

DORSEN, Norman; ROSENFELD, Norman; SAJÓ, András e BAER, Susanne. *Comparative Constitutionalism: Cases and materials*. St. Paul: Thomson West, 2003.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. 2ª edição. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- _____, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- ELIADE, Mircea. *Tratado de história das religiões*. Tradução de Fernando Tomaz e Natália Nunes. São Paulo: Martins Fontes, 2008,
- ELLIS, Marc H. *Oltre la teologia dell'Olocasto e il messianismo hebraico*. em *Ai quattro angoli del fondamentalismo: movimenti politico-religiosi nella loro tradizione, epifania, portesta, regressione*. Coordenação: Roberto Giammanco. Firenze: La Nuova Italia, 1993.
- FACCHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. Trad. Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Loyola, 2011.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa*. Curitiba: Juruá, 2001.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____,. *A ciência do direito*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22 ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1995.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução de Gustavo Binimbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HOWARD, Jorge P. *A questão da liberdade religiosa na América Latina*. Tradução: Rev. Waldemar W. Wey. Rio de Janeiro: Confederação Evangélica do Brasil, 1954.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

GIAMMANCO, Roberto. *Fondamentalismo in bianco e nero. Nazione sotto Dio e Chiesa afro-americana*. em *Ai quattro angoli del fondamentalismo: movimenti politico-religiosi nella loro tradizione, epifania, portesta, regressione*. Coordenação: Roberto Giammanco. Firenze: La Nuova Italia, 1993.

GIL, Hugo Santos. *Iglesia y Constitución: La posición de la iglesia católica em las constituciones españolas*, em *Derecho Constitucional para el siglo XXI – Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Editor: Javier Pérez Royo y otros. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

GOLDRICK, Dominic Mc. *Religion in the european public square and in european public life: Crucifixes in the classroom?* Em *Human Rights Law Review*, 11:3. Oxford University, em <http://hrlr.oxfordjournals.org>.

GOURHAN, André Leroi. *As religiões da pré-história*. Tradução de Maria Inês de Franca Sousa Ferro. Lisboa: Edições 70, 2007.

GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996

GRIMM, Dieter. *Após a disputa em torno das caricaturas: precisamos de um novo balanço entre liberdade de imprensa e proteção à religião? Em Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coord: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo, RT, ; Coimbra: Coimbra, 2009

GROTE, Rainer. *Free speech in German and European constitutional jurisprudence*. Em *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergências de um novo direito público*. Coord: Armin von Bongdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

GUTIERREZ, Alejandro Torres. *El derecho fundamental de libertad religiosa en España: Un balance crítico em Derecho Constitucional para el siglo XXI – Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Editor: Javier Pérez Royo y otros. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

HABERMAS, Jurgen; RATZINGER, Joseph. *Ragione e fede in dialogo: Le idee di Benedetto XVI a confronto con un grande filosofo*. A cura di Giancarlo Boseti. Venezia: Marsilio, 2005

HARTWIG, Matthias. *Democracy, the State of Law and Human Rights: Constitutional concepts exemplified by the German Constitution*. Em *Direitos humanos: democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Coord: Armin von Bongdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.16.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998

JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre e y del Ciudadano*. Trad. Adolfo Posada. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2000.

JHERING, Rudolf Von. *L'Evolution du Droit*. Trad. O. de Meulenaere. Paris: Chevalier-Marescq, 1901, p. 222. Em <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k113486h> >. Acesso em 06.12.2013.

KANT, IMMANUEL. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach, 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011,

..... *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. 2ª edição.
Bauru: Edipro, 2008,

LEMBO, Cláudio. Proto-História dos Direitos Fundamentais no Brasil. In.
VELOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio
Carlos Rodrigues do (Coord.). **Princípios Constitucionais
Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ives Gandra da
Silva Martins**. São Paulo: Lex, 2005.

LEVINET, Michel. *Théorie générale des droits et libertés*. 4ª ed. Bruxelas:
Nemesis, 2012.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. Tradução de Anoar Aiex. (Coleção
"Os Pensadores"). São Paulo: Abril Cultural. Disponível em
<<http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/cartatolerancia.html>>. Acesso em
18 abr. 2013

LOZANO, Vivian A. *La igualdad em acceso al sistema interamericano de
protección de derechos humanos*. Em *Apuntes sobre el sistema
interamericano. Temas de Derecho Público n. 79*. Bogotá: Universidad
Externado de Colombia, 2009.

LUÑO, José E. Pèrez. *Los Derechos Fundamentales*, 10ª ed. Madrid: Tecnos,
2011

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade
Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____, *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAIOR, Marcel Souto. *As vidas de Chico Xavier*. 2ª ed, 4ª reimp. São Paulo: Planeta, 2003.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas

MARTINEZ, Fernando Rey. *Eutanasia y Derechos Fundamentales*. Madrid: Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

MARTINS, Humberto. *Liberdade religiosa e estado democrático de direito*. em *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Coordenadores: Valério de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed. Atual: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 479.

MELO, Mônica de. *O Estado laico e a defesa dos direitos fundamentais: democracia, liberdade de crença e consciência e o direito à vida*. Em Dias, Roberto (Org.) *Direito constitucional: temas atuais – Homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, 1ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011

MENARD, René. *Mitologia Greco-Romana*. Volume I. Tradução de Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991,

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio e BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, Tomo IV*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1967.

_____, *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002,.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo VI – 3 edição*,
Coimbra: Coimbra, 2008.

_____, *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2011, p. 454.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1. São Paulo: Atlas,
2001.

MIRANDOLA, GIOVANNI PICO DELLA. *Oratio de hominis dignitate*. Em
http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/oratio.html .

MORAES, Maria Celina Bodim de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In. SARLET, I. W. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: do Advogado, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001

MOSCARINI, Anna. *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*. Em *I Diritti Costituzionali, volume 1*. A cura di Roberto Nania e Paolo Ridola. Torino: G. Giappichelli,.

MOTA, Francisco Teixeira da. *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão – Os casos portugueses*. Coimbra: Coimbra, 2009,

NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*. Coimbra: Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

OCHOA, Jose Luiz Caballero. **Las perspectivas actuales del derecho fundamental de libertad religiosa em el sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. Revista Ius Unla. Morelia Michoacán, Año III, nº 8, enero – marzo, 2003. Disponível em: <http://www.unla.edu.mx/iusunla8/reflexion/trabajo%20docencia%20der.%20hum.htm>. Acesso em: 20 jun. 2012.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010.

ORTEGA, Abraham Barrero. *Cuestiones pendientes tras 256 años de libertad religiosa em España*. In: ROYO, Javier Pérez (Ed). *Derecho Constitucional para el siglo XXI – Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

_____, *La libertad religiosa em España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PEREZ, Jesus Gonzales. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

PERNICE, Ingolf. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*. WHI Paper 02/09. Walter Hallstein-Institut, Humboldt-Universität Zu Berlin. 2008. Disponível em: <[http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0209\(2\).pdf](http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0209(2).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

_____, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*. Stefan Griller/Jaques Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* New York: Springer Wien, 2008.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2013

PIN, Andrea. *Public Schools, the italian crucifix and the European Court of Human Right: The Italian separation of church and state*. Em *Emory International Law Review*, vol 25.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza. *Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003,

_____, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional em Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, Coordenação: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flavia Piovesan, 2ª tiragem, 2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____, *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Em *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet., 2009, São Paulo: RT

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PULIDO, Carlos Bernal. *La racionalidade de la ponderación*. Em Carbonell, Miguel (Coord). *El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Giovanna; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia- vol 1*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. 2002. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf> Acesso em: 18 abr. 2013.

RICHARDS, David A. J. *Toleration and the Constitution*. New York: Oxford, 1986.

ROTHMBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: RT, 2005.

_____. . *Princípios constitucionais*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003,

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____, *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANAHUJA, Juan Claudio. *Poder global e religião universal*. Campinas: CEDET, 2012.

SANTOS, Milene Cristina. O proselitismo religioso entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: a "guerra santa" do neopentecostalismo contra as religiões afro-brasileiras. 2012. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2007.

_____. *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Do Advogado, 2005.

_____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. In: MAZZUOLI, Valério Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes. (Coord) *Direito à liberdade religiosa: Desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

_____. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. Em *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Organizador: Bernardo Gonçalves Fernandes. Salvador: Jus Podium, 2010

_____. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” em Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010,

_____. *Legalização do aborto e Constituição*. Em *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Em *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010,

SEFERJAN, Tatiana Robles. *Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros,

_____. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, vol. 798. São Paulo, 2002,

_____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. P. 616.

SILVA JR, Hédio, 2003. A liberdade de crença como limite à regulamentação do ensino religioso. Trabalho apresentado ao PPGD – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Nível de Doutorado em Direito (área de concentração: Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. O Caráter Fraternal do Direito à Seguridade Social. 2013. 207 f. Trabalho apresentado ao PPGD – UNIVEM – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013

SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*, em *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Coordenadores: Valério de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano. Belo Horizonte: Forum, 2009.

STARCK, Christian, Nuevo desarrollo de las relaciones entre Estado e Iglesia em el derecho alemán. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Jus podium, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Religião e neutralidade do Estado*. em *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Coordenadores: Valério de Oliveira Mazzuoli, Aldir Guedes Soriano. Belo Horizonte: Forum, 2009.

TORRE, Giuseppe Dalla. *Il fattore religioso nella Costituzione*. Torino: G. Giappichelli, 1995.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Identidad y tolerancia*. Em *De identidades – reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida*. Coordenadores: Raúl Susín Betrán y David San Martín. Valencia: Universidad La Rioja/Tirant Lo Blanch, 2008.

WEBER, Max. *Sociologia das Religiões*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2010

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. 1ª ed reimpressa. Bologna: Mulino, 1988

ZILBERTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Trabalho apresentado ao PPGD – Universidade de São Paulo – Nível de Doutorado em Direito (área de concentração: Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____, *Regulação de mídia e colisão entre direitos fundamentais*. Trabalho apresentado ao PPGD – Universidade de São Paulo – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008)