



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA:
ASPECTOS GERAIS E CASOS CONCRETOS**

Jairo de Souza Moura

NATAL/RN

2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA:
ASPECTOS GERAIS E CASOS CONCRETOS**

Jairo de Souza Moura

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Martins

NATAL/RN

2014

Catálogo da Publicação na Fonte.

UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Moura, Jairo de Souza.

Liberdade de consciência e crença: aspectos gerais e casos concretos/ Jairo de Souza Moura. - Natal, RN, 2014.
60f.

Orientador: Prof^o. Dr. Leonardo Martins.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito.

1. Direitos fundamentais - Monografia. 2. Liberdade de consciência - Monografia. 3. Liberdade de crença - Monografia. 4. Cortes constitucionais - Monografia. I. Martins, Leonardo. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

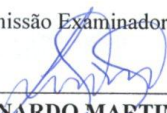
Aos 28 (vinte e oito) dias do mês de maio do ano de 2014, às 11h00 horas, na Sala G3 do Setor de Aulas I, foi instalada a Comissão Examinadora para a defesa oral e pública da Monografia sob o título: “**LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA: ASPECTOS GERAIS E CASOS CONCRETOS**”, como trabalho final de conclusão de Curso, apresentado pelo aluno **JAIRO DE SOUZA MOURA**, matrícula nº 2009017595, ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO. A Comissão Examinadora foi presidida pelo Professor Orientador **LEONARDO MARTINS**, Professor ^{Assistente I} ~~Adjunto III~~, matrícula nº 1497348 e composta pelos professores, **FABRÍCIO GERMANO ALVES**, Professor Colaborador Voluntário, matrícula nº 7377, lotados no Departamento de Direito Público e **DIOGO CALDAS LEONARDO DANTAS**, membro externo, conforme Portaria nº 041/2014-DPU, integrantes da referida Comissão que emitiu o seguinte parecer: ///////////////

pele aprovação.

A Comissão Examinadora após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia aprovada.

A Comissão decidiu atribuir à menção honrosa, atribuindo a nota: 10,0.

Comissão Examinadora


LEONARDO MARTINS

Presidente


FABRÍCIO GERMANO ALVES

Membro


DIOGO CALDAS LEONARDO DANTAS

Membro

RESUMO

O presente trabalho analisa aspectos gerais do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, encravado em praticamente todas as Constituições ocidentais. Após uma revisão bibliográfica sobre o surgimento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil e no mundo, parte-se para a análise de julgados selecionados de três cortes de aplicação dos direitos fundamentais, a saber, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, a Suprema Corte Americana e a Corte Europeia de Direitos Humanos. A leitura crítica dos fundamentos retórico-jurídicos das decisões foi permeada pela utilização de parâmetros normativos condizentes com as teorias mais proeminentes sobre os direitos fundamentais. Para complementar a análise, buscou-se também leituras antropológicas sobre os contextos estudados para compreender eventuais choques entre os parâmetros normativos e as decisões efetivamente tomadas pelas Cortes.

Palavras-chave: Liberdade de consciência e crença. Teorias sobre os direitos fundamentais. Cortes constitucionais e afins. Teoria antropológica.

ABSTRACT

This work analyzes general aspects of the fundamental right to freedom of conscience and belief, wedged in virtually all Western Constitutions. After a literature review on the emergence and development of fundamental rights in Brazil and throughout the world, we sought the analysis of three selected trial courts of enforcement of fundamental rights, namely, the Federal Supreme Court of Brazil, the American Supreme Court and the European Court of Human Rights. The critical reading of rhetorical and legal foundations of the decisions was permeated by the use of consistent normative parameters with the most prominent theories on fundamental rights. To complement the analysis, we also sought to anthropological readings on the contexts studied in order to understand possible clashes between these normative parameters and the decisions effectively taken by the courts.

Keywords: Freedom of conscience and belief. Theories on fundamental rights. Constitutional courts and alike. Anthropological theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. <i>Objetivos</i>	2
2. <i>Metodologia</i>	3
CAPÍTULO 1. Direitos fundamentais: noções históricas e movimentos intra e internacionais	5
CAPÍTULO 2. Direitos fundamentais: características e classificações	10
2.1. <i>Características dos direitos fundamentais</i>	10
2.2. <i>Gerações, dimensões ou categorias dos direitos fundamentais</i>	14
CAPÍTULO 3. O direito fundamental de liberdade de consciência e crença como um direito de <i>status negativus</i>	19
3.1. <i>Aspectos históricos</i>	23
3.2. <i>Aspectos jurídicos no Brasil</i>	25
CAPÍTULO 4. Análise de julgados relativos à liberdade de consciência e crença no direito comparado	29
4.1. <i>Brasil: Recurso Extraordinário 562.351/RS</i>	30
4.2. <i>Estados Unidos: Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal</i>	35
4.3. <i>União Europeia: Dogru v. França</i>	40
CONCLUSÕES	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais se tornaram a pedra formadora dos Estados nacionais ocidentais. Seu caminho, desde o surgimento esporádico de direitos conquistados, até o encartamento definitivo nos grandes documentos normativos, demonstra uma luta incessante na busca de uma ordem jurídica justa e respeitadora de direitos básicos para a sobrevivência digna dos indivíduos em sociedade.

Hoje em dia, o seu estudo sistemático toma grande parte das cadeiras de Direito Constitucional dos cursos de Direito de toda faculdade que se preze. Não por acaso, também há uma crescente discussão sobre os seus usos, os seus limites e suas possibilidades. Apesar disso, a experiência da dogmática brasileira, por ser ainda jovem, depende de influências de dogmáticas mais bem estabelecidas, como a americana, a francesa e a alemã.

O texto final está configurado de acordo com uma lógica que parte da macroperspectiva para a microperspectiva de análise. Em outras palavras, o título da obra é feliz em apontar uma flecha que parte dos aspectos gerais para a análise dos casos concretos selecionados. Essa escolha é puramente didática, pois busca satisfazer tanto o leitor que já é versado na teoria dos direitos fundamentais, quanto aquele que eventualmente sequer é da área do direito.

No Capítulo 1, faremos um apanhado histórico nos principais momentos que contribuíram para a solidificação dos direitos fundamentais enquanto mínimo indispensável para a convivência de indivíduos sob determinada ordem jurídica, bem como dos movimentos que levaram ao entendimento atual de que a ordem jurídica deve respeitar a supremacia hierárquica da Constituição.

No Capítulo 2, passaremos a dissecar as características dos direitos fundamentais, enfatizando a construção dogmática que dá aos direitos fundamentais o seu revestimento duro

e irrevogável. Quanto à classificação, partimos da clássica partição geracional, passando pela dimensional, até a distinção por categorias, mais apropriada ao nosso ver.

No Capítulo 3, depois de entendermos as categorias dos direitos fundamentais, chega a hora de analisarmos com maior profundidade o direito de liberdade de consciência e crença como um direito de *status negativus*. Estudamos os titulares de tais direitos, as eventuais limitações constitucionais ao seu exercício e as características que determinadas ordens jurídicas possuem em contraponto às outras.

No Capítulo 4, partiremos para a análise dos três julgados selecionados, enxergando todas as características estudadas nos capítulos anteriores. A leitura crítica das decisões é fundamental para entendermos como as argumentações podem variar de acordo com os parâmetros jurídicos das teorias sobre os direitos fundamentais.

Ao final, traçaremos conclusões, ainda que parciais, sobre aspectos teóricos e práticos do direito fundamental à liberdade de consciência e crença, bem como buscamos encontrar diretrizes que possam auxiliar estudos semelhantes ou mais aprofundados em futuras análises.

1. Objetivos

É nessa perspectiva de maior aprofundamento na dogmática dos direitos fundamentais que este estudo se apresenta, buscando ferramentas conceituais e parâmetros normativos para analisar decisões de cortes competentes para o julgamento de lides envolvendo direitos fundamentais. Como objetivo geral, buscamos entender características gerais do direito fundamental à liberdade de consciência e crença enquanto um direito de *status negativus*.

Como objetivos específicos, buscamos analisar três julgados selecionados por suas características ímpares, por seu potencial para entendermos como diferentes ordens jurídicas tratam o direito fundamental específico em relação a critérios objetivos e subjetivos. Também buscamos entender o contexto sociocultural das cortes que prolatam suas decisões, entendendo que características políticas e ideológicas permeiam as escolhas.

2. Metodologia

Para satisfazer os objetivos, o estudo partiu de uma revisão bibliográfica de alguns autores-chave para a compreensão histórica do surgimento e do desenvolvimento dos direitos fundamentais em um contexto global e local. Novos estudos sobre o assunto põem em xeque antigas noções de linearidade histórica na formação jurídica, dando espaço para uma historiografia mais crítica.

Após adquirir uma boa base bibliográfica, os casos foram selecionados como uma forma de abarcar o máximo de ordens jurídicas e contextos culturais diferentes, sem, contudo, tornar o texto maçante e desconexo. O número reduzido, todavia, não peca pela escassez. Foram escolhidos casos representativos para o Brasil, os Estados Unidos e a Europa, representada pela França em um julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Para analisar os casos, usamos as teorias sobre os direitos fundamentais elencadas por Böckenförde (1991), divididas entre objetivistas — axiológica, institucionalista e funcional-democrática — e subjetivistas — liberal e social-democrática, acrescidas da posterior teoria principiológica, representada por Alexy (1999 e 2008). Pelo número reduzido de casos, não haverá análise com base nas teorias social-democrática, nem da funcional-democrática.

Além disso, buscamos em autores da Antropologia a explicação para contextos culturais que os parâmetros puramente normativos deixam passar despercebidos. No entanto, como não é o ponto central de nossa análise, utilizamos apenas um grupo seleto de autores que pudessem apontar um caminho interpretativo em vez de estabelecer relações causais definitivas.

CAPÍTULO 1. Direitos fundamentais: noções históricas e movimentos intra e internacionais

Os direitos fundamentais surgem muito antes da fase constitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial. É bem verdade que sua acepção mais restrita, que diz respeito aos direitos positivados em uma Constituição nacional, obviamente só poderia ter surgido após o aparecimento dos primeiros regimes constitucionais. Em seu termo mais amplo, contudo, estudiosos diferem mais ou menos quanto à data base inicial de seu surgimento. Enquanto alguns apontam para o Código de Hamurabi (MORAES, 1998), por ser uma das codificações mais antigas do mundo ocidental, outros se apoiam nos preceitos filosóficos surgidos com o individualismo e o jusnaturalismo, colocando o homem como sujeito de direitos desde o seu nascimento (BOBBIO, 1992).

Os autores passam, então, a buscar nas cartas históricas do medievo sementes do que viria a ser a fase constitucionalista do Estado nacional. Nesse sentido, chegam até a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra. Apesar de não ser exatamente uma carta de direitos, sua importância histórica se deve ao fato de ser um dos primeiros documentos a reconhecer limites ao poder soberano monárquico. Com ela, nobres ingleses e senhores feudais puderam ter prerrogativas reconhecidas, bem como líderes eclesiásticos passaram a gozar de maior liberdade frente ao domínio real.

É somente com a *Bill of Rights*, de 1689, assinada pelo Rei Jaime II, que os direitos universais mais parecidos com os que temos hoje passam a fazer parte de uma documentação escrita no Ocidente (COMPARATO, 2001). A previsão de separação institucional ou divisão de poderes estabelecia a independência entre chefe de Governo e chefe de Estado, o que favorecia a criação de direitos voltados à população, universalizados.

Cartas semelhantes foram expedidas quando da época de Declaração de Independência dos Estados Unidos, como a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), ou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), promulgada na França quando de sua revolução liberal.

Apesar das discordâncias sobre os detalhes históricos, todos os autores parecem apontar sua análise para o momento em que o Estado nacional passa a positivizar tais direitos considerados fundamentais em suas cartas constitucionais. Sem dúvida, é o marco inicial para que se estude o moderno sistema de direitos fundamentais. É a partir dele que a relação Estado-indivíduo passa a ser melhor elaborada e quando este consegue realmente impor àquele algumas garantias básicas, notoriamente, naquele primeiro momento, garantias de liberdade.

Contudo, as diferentes conquistas que levaram ao surgimento dos direitos fundamentais tornam difícil entender quais teorias filosóficas do Direito justificam sua existência. João Trindade Cavalcante Filho (2014) enxerga pelo menos três grandes correntes e aponta quais fundamentos cada qual realça: a) para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais surgem da própria natureza humana e, portanto, precedem as Constituições históricas; b) para o positivismo jurídico, os direitos são aqueles postos nas Constituições, sejam explícitos ou implícitos; e c) para o realismo jurídico de inspiração norte-americana, os direitos fundamentais surgem das conquistas históricas.

Seja como for, na prática, os direitos fundamentais têm maior facilidade de exigência junto ao Estado quando este os reconhece formalmente através da positivação. É assim, por exemplo, no rol de direitos estabelecidos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. O seu art. 5º, dentre outros, reconhece uma ampla lista de direitos fundamentais, mas não se limita a tanto: ainda prevê, em seu art. 5º, § 2º, a ampliação do rol a partir da assinatura pelo Estado brasileiro de tratados internacionais que reconheçam

direitos não existentes na carta nacional¹, bem como reconhece *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, depois de determinado procedimento parlamentar².

No entanto, o procedimento de reconhecimento e incorporação de novos direitos fundamentais não é idêntico a todos os países. Peculiaridades político-históricas de cada soberania nacional fazem com que o estudo comparado tenha de ceder em determinados pontos na sua tentativa de formular teorias mais gerais que apontem algo em comum a diferentes nações. Isso se deve ao próprio sistema de constitucionalização dos direitos fundamentais em cada país.

Esse processo vem junto com a ideia de hierarquia constitucional, que submete as leis infraconstitucionais à sua interpretação. Grande parte dos autores aponta para a decisão estadunidense *Marbury v. Madison*, de 1803, como o pontapé jurídico inicial para consolidar a ideia de supremacia da Constituição em relação às próprias leis. Estudos históricos, no entanto, já apontam para tal previsão no periódico “O Federalista”, em sua edição 78 (1788), cujo artigo de Alexander Hamilton já previa a revisão judicial das leis em face da Constituição.

Outros autores, como Marinoni (2008), vão ainda mais longe e veem no caso do Dr. Bonham (*Thomas Bonham v. College of Physicians*), julgado na Inglaterra por Edward Coke, em 1610, o início do controle de constitucionalidade das leis por uma norma hierarquicamente superior. No caso, o Real Colégio de Médicos (*College of Physicians*), de acordo com dois Atos que lhe davam poderes, multou o Dr. Bonham em dez libras e o

¹*In verbis*: Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²*In verbis*: Art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

condenou à prisão sob a acusação de atuação sem licença, na época concedida apenas a vinte e quatro médicos pelo Colégio.

O juiz Coke, chefe de justiça da corte de apelações, julgou nula e destituída de eficácia uma lei que não se submetesse à *Common Law*. Com isso, desconsiderou os dois Atos que davam poderes de punição ao Real Colégio, sob o argumento de que (como traduzido por Marinoni, 2008, p. 20):

[F]oi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade.

De toda forma, a passagem de uma Constituição meramente formal para uma verdadeiramente material — ou seja, da ideia de normas programáticas para normas concretamente exequíveis — passa por um processo de vontade (*Willezur Verfassung*), como bem o chamou Konrad Hesse (1991, p. 20). Para o autor:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado com Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.

Depois desse processo de internalização dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados, há uma segunda onda que dá conta de outro movimento: o

de internacionalização dos direitos fundamentais. Pode-se argumentar que os direitos fundamentais, dado o seu caráter universal, foi desde sempre internacional, mas com “internacional” aqui se quer dizer que o direito estaria protegido para além do vínculo que liga o indivíduo ao Estado nacional. Em outras palavras, o direito fundamental seria respeitado independentemente da naturalidade.

Comparato (2001) enxerga duas grandes fases no processo de internacionalização dos direitos fundamentais. A primeira delas diz respeito à criação de instituições internacionais de direitos e a elaboração de tratados internacionais que versam sobre tais direitos. Como exemplo dessas instituições, Flávia Piovesan (2000) cita a criação da Organização Internacional do Trabalho-OIT, em 1919, e o surgimento da Liga das Nações, cuja convenção de 1920 prevê limites aos Estados soberanos, inclusive com a possibilidade de sanções aos Estados que violassem suas obrigações.

A segunda grande fase diz respeito ao pós-Segunda Guerra, quando se reforça a noção de que o Estado nacional precisa de limites em sua atuação junto aos indivíduos. Esses limites viriam, além dos direitos fundamentais positivados no âmbito interno, agora também das organizações internacionais. É nesse período que surgem importantes órgãos, dentre os quais se destacam a Organização das Nações Unidas (1945), que historicamente substituiu a Liga das Nações, e o Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, 1998), que tem o condão de sancionar não mais os Estados, mas sim os indivíduos em sua responsabilidade penal.

Após esse breve relato histórico, é possível estudar as características dos direitos fundamentais, bem como suas classificações mais comuns e as implicações de seus estudos.

CAPÍTULO 2. Direitos fundamentais: características e classificações

De início, é necessário separar conceitos que de outra forma são confundíveis. Como vimos, os direitos fundamentais, em seu sentido estrito, são aqueles reconhecidos e positivados no âmbito interno de uma nação. Como questão de análise técnica, não se confundem com os direitos humanos, sendo estes entendidos como aqueles reconhecidos apenas no âmbito internacional. É comum que os direitos humanos sejam também chamados direitos fundamentais e tal aceção não deixa de ter mérito, pois, em sentido amplo, ambos os direitos fundamentais e os direitos humanos partilham de características básicas, como veremos a seguir. No entanto, deve-se ficar atento a peculiaridades nas aceções, daí definidas como em sentido estrito ou amplo.

2.1. Características dos direitos fundamentais

Quanto às características, grande parte dos autores concorda com algumas categorias básicas. Neste trabalho, usaremos a classificação de Cavalcante Filho (2014), por entendermos que, além daquelas consideradas básicas, o autor adiciona novas características interessantes que justificam sua adoção. Segundo ele, são características dos direitos fundamentais: historicidade, relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade (ou irrenunciabilidade), indivisibilidade, eficácia horizontal e vertical, conflituosidade (ou concorrência) e aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais são históricos porque podem ser situados, além de geograficamente, também no tempo. Isso quer dizer que há um movimento histórico no sentido de outorga ou de conquista de novos direitos — comumente associado a gerações, como veremos adiante. Nesse sentido, a evolução da sociedade passa a demandar novos

reconhecimentos, como a ampliação dos sujeitos titulares, a universalização de acesso a direitos sociais, até os mais recentes direitos chamados difusos, de titularidade coletiva, tais como o direito a um meio ambiente equilibrado.

Os direitos fundamentais são relativos, não porque sejam frágeis, mas porque se fossem legados de forma absoluta acabariam por se chocar, como de fato se chocam, com outros direitos conquistados. Sendo absolutos, esses choques não teriam solução possível. A relativização, portanto, vem da possibilidade de direitos fundamentais diferentes colidirem e da necessidade de regras claras para definir qual direito prevalecerá. Um desses limites é a própria configuração constitucional, que pode ela mesma apontar os ditames do direito fundamental. O que não se pode admitir é que a limitação seja tamanha que venha a dificultar o uso do próprio direito, sendo a relativização admitida somente quando estritamente necessária.

Os direitos fundamentais são imprescritíveis porque não decaem com o não uso. Apesar da confusão entre os termos prescrição e decadência, o que se tira da característica da imprescritibilidade é que o simples decurso do tempo não é suficiente para que o titular de um direito fundamental venha a perdê-lo. Como vimos, todavia, os direitos fundamentais podem ser limitados e uma dessas limitações pode ser exatamente a de tempo. O autor cita o caso do direito de propriedade, que pode ser perdido por causa da passagem temporal nas hipóteses de usucapião. No entanto, tais exceções não têm o condão de afastar a regra geral.

Os direitos fundamentais são inalienáveis porque não podem ser transferidos, seja por venda, doação, empréstimo etc. Apesar de serem titularizados, via de regra, por indivíduos, os direitos fundamentais têm uma dimensão sócio-coletiva e, como tal, diferem dos direitos pessoais que podem ser objeto de transações. Mesmo que queira, um indivíduo não pode alienar, ceder ou transferir seus direitos fundamentais, sob pena de enfraquecer conquistas históricas em benefício de um povo inteiro.

Da mesma forma, os direitos fundamentais são indisponíveis ou irrenunciáveis. Por mais que alguns direitos, como o da intimidade e o da privacidade, possam sofrer restrições de acordo com a vontade do sujeito, tal vontade só será respaldada se a restrição for temporária e não afetar a dignidade humana. De toda sorte, a regra geral continua valendo porque ainda será obrigação do Estado intervir na concretização de direitos fundamentais, mesmo quando o indivíduo assim não o queira.

Os direitos fundamentais são indivisíveis porque, entendem os autores, o desrespeito a um direito fundamental específico, na verdade, é um desrespeito à condição humana em geral. Assim, a proteção ao conjunto de direitos fundamentais deve ser absoluta e rígida o suficiente porque pequenas exceções acabam por fazer ruir toda a construção histórico-política de conquistas. Não se pode deixar que um Estado escolha quais direitos reforçar e quais negligenciar, bem como não se pode deixar que um Estado escolha quais sujeitos ou grupos de sujeitos terão acesso ou não a certos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm eficácia vertical porque são mandamentos, via de regra, para os próprios legisladores e têm influência na relação público-privada. É o indivíduo o maior interessado em ver seus direitos reconhecidos face ao Estado e é dever do Estado respeitar os indivíduos que compõem a coletividade. Já a eficácia horizontal é uma construção recente e entende que certos direitos fundamentais podem ser exigidos em face de relações entre pessoas privadas³.

A horizontalidade dos direitos fundamentais tem início na Alemanha, a partir do caso Lüth (1958). O crítico de cinema Lüth tivera seu direito à liberdade de expressão cerceado quando decisões estatais concederam a Veit Harlam e seus produtores a possibilidade de censurar um boicote organizado pelo crítico. Ao chegar ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, este reconheceu a violação do direito fundamental por

³ Alguns autores, como Martins e Dimoulis (2010), veem com ressalva a eficácia horizontal. Para estes autores, a eficácia não vincula diretamente os particulares, mas sim o Estado, através da irradiação de conceitos jurídicos indeterminados nas relações entre os particulares.

particular e afastou a aplicação da regra do Código Civil que vedava manifestações contrárias à ordem pública.

No Brasil, o principal caso de reconhecimento da eficácia horizontal pode ser visto no Recurso Extraordinário 201.819/RJ⁴. Na decisão, o Supremo Tribunal Federal-STF reconheceu que a União Brasileira de Compositores violou o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório ao excluir de seu quadro os músicos que figuravam no outro polo da lide. Na decisão, também entendeu o STF pela aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo a ementa:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Continuando a análise das características, os direitos fundamentais são conflituosos porque podem colidir ou concorrer uns com os outros. Nos casos de colisão, dois direitos convergem para um caso concreto e não podem ser aplicados simultaneamente. Abstratamente, não se pode prever qual dos direitos deve prevalecer, restando somente no caso concreto a possibilidade de afastar-se um deles. Nos casos de concorrência, o indivíduo pode exercer ao mesmo tempo dois ou mais direitos fundamentais, resolvendo-se tais casos, via de regra, por regras hermenêuticas de especificidade vs. generalidade.

Por fim, os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Isso quer dizer que entram em vigor a partir da data de publicação. Contudo, José Afonso da Silva (2003), em sua tripartição clássica, chama a atenção para o fato de que alguns direitos fundamentais, da

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 out. de 2006.

forma como são postos em seu texto, não podem ser exigidos imediatamente. Ao classificar as normas em eficácia plena, contida e limitada, o autor aponta para a necessidade ou não de uma lei que regulamente o direito fundamental, bem como para a possibilidade de lei infraconstitucional restringi-lo.

Nesse sentido, as normas de eficácia plena já teriam todos os pressupostos para aplicação imediata. Já as normas de eficácia limitada são aquelas que dependem de uma lei integradora para surtir efeitos. As de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que produzem efeitos, mas que podem ser limitadas pelo legislador infraconstitucional. Apesar do belo trabalho, essa classificação não é unanimidade nos estudos constitucionais. O próprio STF, no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712⁵, reconheceu que uma norma teoricamente de eficácia limitada — o direito de greve de funcionários públicos — poderia ser aplicada, mesmo antes da elaboração da lei prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal.

2.2. Gerações, dimensões ou categorias dos direitos fundamentais

Analisando o processo histórico de conquista dos direitos fundamentais, uma primeira opção de classificação é agrupá-los em determinadas fases cronológicas que correspondem mais ou menos aos ideais franceses de liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira geração, portanto, diria respeito aos direitos civis e políticos de liberdade, enquanto a segunda geração corresponderia aos direitos sociais e econômicos associados com o Estado de bem-estar social. Já a terceira geração diria respeito aos direitos de toda a humanidade, tais como os ambientais. Mesmo com a tripartição clássica, há autores que falam em quarta, quinta e até sexta gerações.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712/PA: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará. Relator: Ministro Eros Grau. Data de Julgamento: 25 out.de 2007. Acórdão publicado no DJ 206, de 30out. de 2008.

O grande problema dessa classificação de direitos é que o termo “geração” parece implicar sucessão de direitos. Sendo assim, os direitos da terceira geração substituiriam os da segunda, que, por sua vez, substituíram os da primeira. Obviamente, não se trata do caso e a nomenclatura vem sofrendo diversas críticas (SARLET, 2009; BONAVIDES, 2006). Além do problema semântico, uma análise histórica aponta para a falta dessa linearidade que a classificação geracional parece apontar: os direitos fundamentais não surgiram nessa ordem específica e alguns direitos de segunda ou terceira geração surgiram concomitantemente com os direitos de primeira geração, bem como é verdade que tais direitos também surgem historicamente em épocas idênticas aos demais.

Os críticos da classificação geracional elaboraram uma teoria das dimensões. Da mesma forma, haveria três ou quatro dimensões principais, a depender do autor em questão. O grande mérito de se falar em dimensões em vez de gerações é o de não prever a caducidade da dimensão anterior, apontando que, pelo contrário, uma nova dimensão dos direitos fundamentais interage com as outras. Por outro lado, a separação dos direitos em dimensões estanques não dá conta da dinâmica dos direitos fundamentais. Enquadrá-los em dimensões significa estudá-los perante apenas um aspecto por vez.

Assim, uma nomenclatura mais adequada é aquela que define os direitos fundamentais de acordo com a pretensão individual frente ao Estado (JELLINEK, *apud* DIMOULIS e MARTINS, 2010). Tal classificação não nega um movimento histórico que mais ou menos representa a conquista de certos direitos fundamentais, mas, diferente da teoria geracional, não os prende ao período histórico. Também não os analisa de acordo com dimensões separadas, mas de acordo com categorias de *status* que apontam para o comportamento estatal diante das normas fundamentais.

A primeira categoria se caracteriza pela luta dos indivíduos frente ao poder estatal estabelecido. Trata-se de uma proibição do Estado de intervir em determinadas liberdades

individuais sem a devida justificativa plausível e proporcional. Por isso, é considerada uma dimensão de *status negativus*, pois exige do Estado uma abstenção de agir. Os direitos dessa dimensão são majoritariamente titularizados por indivíduos e, como já vimos, também podem ser opostos, além do próprio Estado, contra outros indivíduos.

Historicamente, esta categoria surge primeiro nas análises porque sua universalização data principalmente da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), carta da Revolução Francesa. Obviamente, já havia outros direitos de *status negativus* reconhecidos de forma mais espalhada nos diferentes Estados, sendo a Declaração somente o exemplo mais nítido de codificação. Hoje em dia, além da previsão nas constituições nacionais, os direitos de *status negativus* ganharam tom de direitos humanos com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966.

A segunda categoria, por outro lado, surge quando os indivíduos passaram a cobrar ações positivas (daí o *status positivus*) para que direitos fundamentais básicos fossem respeitados. Historicamente, surge principalmente no fim do séc. XIX e se caracteriza pela insuficiência estatal em promover bem-estar somente pela sua abstenção. Os direitos sociais conquistados nessa fase buscam garantir a redução da desigualdade e o acesso a bens fundamentais como saúde, educação, moradia, segurança pública, trabalho, alimentação e lazer (como assim resume a nossa Constituição de 1988).

O contexto histórico dessa categoria é a rápida industrialização europeia, que acarretou a saída de grandes massas do campo para a cidade. As condições trabalhistas eram precárias e grande parte da população vivia em situação de miséria. Logo ficou claro, para vários autores da época, que a abstenção estatal gerava desigualdades sociais que só seriam corrigidas com a atuação dos entes públicos. É a luta por este mínimo necessário para a sobrevivência digna que marca a época de transição do Estado completamente liberal para o Estado de bem-estar social (BONAVIDES, 2004).

Já a terceira categoria difere dos direitos abrangidos na terceira geração (ou dimensão). Chamada de *status activus*, diz respeito principalmente aos direitos políticos, ou seja, direitos de ação individual para decidir os rumos do Estado. Já a classificação geracional ou dimensional entende esse terceiro grupo como direitos considerados difusos e coletivos. Também chamados de trans, meta ou supraindividuais, por transcenderem a esfera individual, tais direitos advêm das consequências técnico-científicas do séc. XX e apontam para a insuficiência da proteção estatal a direitos titularizados por indivíduos. Assim, consideram-se titulares grupos de pessoas, geralmente associados com a coletividade, que são por natureza indeterminados ou indetermináveis.

Esses direitos coletivos são identificados com o terceiro lema da Revolução Francesa, de fraternidade ou de solidariedade (SARLET, 2009), e têm como principais exemplos o direito a um meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, à paz e ao sossego, ao patrimônio histórico e cultural etc. Enfim, engloba todos os direitos que, apesar de usufruídos individualmente, pertencem a toda a coletividade. Mira-se o bem estar de uma comunidade inteira, tendo a proteção individual um sentido reflexo. Ressalte-se que tais direitos coletivos podem ser considerados “novos”, pois acompanham os tradicionais direitos de exercício coletivo de reunião, de associação e de greve, geralmente vistos como de primeira geração.

O direito brasileiro, principalmente no âmbito infraconstitucional, distingue três tipos de “novos” direitos coletivos, como se depreende da leitura do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para os efeitos do trabalho atual, contudo, essa distinção não é de maior importância. Além de poderem ser facilmente caracterizados como direitos coletivos em sentido lato, nosso principal objeto de estudo são os direitos relativos à primeira categoria, de *status negativus*, especificamente o direito à liberdade de consciência e crença.

CAPÍTULO 3. O direito fundamental de liberdade de consciência e crença como um direito de *status negativus*

3.1. Aspectos históricos

Como vimos, a primeira categoria de direitos diz respeito àquele rol de liberdades que o indivíduo pode exigir face ao Estado, o qual deve se abster de interferir. Dentre essas liberdades, encontra-se a de consciência e crença, diferentes entre si, mas que sempre aparecem juntas. Historicamente, tal liberdade ganha importância com o movimento de separação entre a Igreja e o Estado, que muitos estudiosos traçam até o movimento do Iluminismo. Até então, uma religião hegemônica tinha representatividade no Estado e, via de regra, subjugava as outras religiões, geralmente tornando impossível a convivência em um mesmo espaço nacional (BERMAN, 2004).

Os primeiros documentos de apologia à separação entre Estado e Igreja podem ser encontrados em autores clássicos como Epicuro e Lucrécio, em uma forma mais branda. O primeiro a enfrentar o problema de forma mais clara foi Agostinho de Hipona, em seu famoso livro “A cidade de Deus”, que advogava pela divisão de poderes mundanos e divinos. No entanto, movimentos de maior ou menor representação da Igreja dentro dos governos monárquicos eram comuns durante toda a Idade Média.

Foi durante o período de reformas protestantes, desde Lutero e seus dois reinos (celestial e mundano), a Henrique VIII e a igreja anglicana, que novas correntes do cristianismo passaram a exigir maior liberdade frente ao poder religioso hegemônico católico. As consequências foram das mais diversas, desde a tomada do poder protestante onde antes o catolicismo era dominante, até a fuga de fiéis ingleses de determinadas congregações para as colônias americanas em busca de maior liberdade religiosa.

É nesse contexto que o Iluminismo consegue operar e produzir as primeiras obras filosóficas dedicadas integralmente à liberdade religiosa. Nesse sentido, o filósofo inglês John Locke é considerado um precursor nos escritos sobre Separação entre Igreja e Estado. Em sua “Carta sobre a tolerância”, de 1689, Locke argumenta que o Governo deve promover interesses externos, enquanto a Igreja deve oferecer interesses internos, como a salvação, sendo, portanto, duas instituições separadas que atuam sobre diferentes comportamentos.

É essa distinção fundamental entre o âmbito interno e o externo que guiará os argumentos cada vez mais amplos sobre a separação institucional. O Iluminismo francês também passou a apoiar certos níveis de separação e podemos encontrar argumentos nas obras dos pensadores Montesquieu, Voltaire e Diderot. Embora falassem em separação institucional, tais autores não pensavam também em independência mútua: não raro argumentavam pela subordinação de uma instituição à outra, variando sobre qual instituição deveria se sobrepor.

Foi somente com a edição da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 15 de dezembro de 1791, que a liberdade de crença foi finalmente positivada em um texto nacional. Diz a emenda, em tradução livre⁶:

O Congresso não fará lei concernente ao estabelecimento de religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou o direito de as pessoas se reunirem pacificamente, e de pedirem ao Governo por reparação de queixas.

⁶ Do original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”. Disponível online no endereço: <http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt1afrag1_user.html#amdt1a_hd4>. Último acesso em 03 mar. 2014.

O texto vem historicamente depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, por sua vez, já trazia um dispositivo de tolerância religiosa. A seguir, em tradução livre⁷:

Ninguém deverá ser molestado por suas opiniões, mesmo as religiosas, desde que a manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Apesar de conter os elementos da liberdade de crença, o dispositivo francês é menos direto no que se refere à obrigação do Estado. Talvez por isso o texto americano tenha sido copiado em outros países, estabelecendo os parâmetros gerais do direito fundamental à crença. Além disso, o texto francês traz uma limitação à liberdade religiosa através de um conceito jurídico indeterminado, qual seja, a ordem pública. Apesar de parecer ser um pequeno detalhe, a “ordem pública” pode ser exatamente o fator limitador de um comportamento religioso que destoe daquele majoritário.

No Brasil, a primeira Constituição Imperial, de 1824, ainda trazia uma religião oficial. Com grafia atualizada, o seu art. 5º dizia que:

A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

Como vemos, apesar de estabelecer uma religião oficial, a Constituição garantia a liberdade religiosa, mas com algumas ressalvas que, na prática, atrapalhavam ou dificultavam os diferentes cultos, muitas vezes afastando-os para a clandestinidade. Também é impossível

⁷ Do original: “Nul ne doit être inquiete pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par La Loi”. Disponível *online* no endereço: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em 03 mar. 2014.

não notar os vários benefícios concedidos à Igreja Católica ao longo da primeira Carta Magna brasileira: somente os professantes da religião oficial poderiam votar (art. 95, III) e todos os representantes públicos, inclusive o próprio Imperador, deveriam prestar juramento de manutenção da religião católica (arts. 103, 106 e 141).

Obviamente, não havia perseguição penal do Estado para com as outras religiões e isso restava bem claro, não só no art. 5º, mas também, com as devidas ressalvas que já constavam na redação inspirada no modelo francês do art. 179, V [com grafia atualizada]: “Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública”. Contudo, essa ressalva de proteção à “Moral Pública” carrega consigo as mesmas críticas feitas ao texto francês: se a moral pública corresponder ao comportamento hegemônico, qualquer rito ou cerimônia desviante será automaticamente desencorajado ou até mesmo perseguido.

Foi somente com a primeira Constituição Republicana, de 1891, que o Brasil abandonou a religião oficial e passou a adotar o princípio laico. Com isso, alguns dispositivos básicos começam a aparecer, com redação mais parecida com o texto americano. É assim com a proibição de “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos” (art. 11, §2º), bem como o direito de “exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum” (art. 72, §3º).

Dessa forma, pelo menos formalmente, o Brasil abandona a hegemonia católica e seus ditames de comportamento, para perseguir uma tolerância mais condizente com a pluralidade religiosa nacional. Isso não quer dizer, todavia, que houve progresso cultural no mesmo sentido. De fato, até o presente momento, o número de católicos, segundo dados do IBGE, ainda é esmagadoramente superior ao de todas as outras religiões. Por mais que haja um avanço recente das desviantes protestantes, a pluralidade religiosa praticamente se limita ao cristianismo.

De toda sorte, a partir de então, todas as Constituições promulgadas no território nacional seguem o princípio da separação institucional, adicionada uma interessante inovação, a partir da Constituição de 1934: no novo título relativo à educação, surge a figura do ensino religioso, que, de acordo com o art. 153, seria de frequência facultativa, mas seria confessional, ou seja, de acordo com a religião professada pelos estudantes. Na prática, um país de maioria católica obviamente acabou por fazer do ensino católico o padrão para as escolas públicas.

Essa previsão do ensino religioso também está presente na Constituição de 1988 (Art. 210, § 1º), com as mesmas características de facultatividade, abstendo-se da regra da confessionalidade. Fica a cargo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996) ir adiante e regulamentar a previsão (Art. 33, com redação da Lei 9.475, de 22 de julho de 1997):

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

Vemos, portanto, que a previsão do ensino confessional não é mais condizente com a ordem constitucional pós-1988. Isso não se aplica, todavia, às escolas privadas confessionais. No entanto, mesmo que a escola privada apresente uma filiação religiosa clara, as aulas de ensino religioso não podem ser proselitistas. Os eventuais cultos religiosos não podem coincidir com os horários de aula e os alunos não devem ser constrangidos a participar deles, nem podem ser objeto de discriminação por suas escolhas desviantes.

Como curiosidade histórica, outra adição importante da Constituição de 1934, que seria repetida em todas as Constituições seguintes, é a invocação à proteção de Deus no

preâmbulo. Com uma redação ligeiramente diferente da que consta nos textos que a sucederam, a Carta de 1934 não diz claramente a qual divindade se refere, mas o uso do singular e o contexto histórico-social permitem deduzir que se trata do deus judaico-cristão⁸.

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte.

A inclusão de Deus no preâmbulo constitucional, disponível desde 1934, ganhou ares de relevância porque a Constituição do Acre foi a única, dentre os 27 membros federados, a não repetir a citação e o pedido de proteção do preâmbulo da Constituição de 1988. Sob a argumentação de que seria uma não observância do texto constitucional, surgiu a ADI 2.076/AC, que buscava reconhecimento jurídico desse fato. No entanto, ela foi julgada improcedente em 15 de agosto de 2002, entendendo o STF que o preâmbulo não faz parte do texto normativo, ou seja, não partilha do bloco que realmente vincula o Estado e garante direitos e deveres aos participantes da República Federativa do Brasil.

Sobre o conteúdo, entendeu o Ministro Carlos Velloso, relator da ação, que o preâmbulo não cria direitos e deveres, pois não contém norma jurídica. A proteção de Deus constante no preâmbulo federal, portanto, segundo o Ministro, indicaria apenas um “sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico” e completa um dos trechos de seu voto com a máxima de que “A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas”⁹. Mesmo assim,

⁸ Com redação original, disponível *online* no endereço:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 30 mar. 2014.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC: Partido Social Liberal e outros. Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 15 de agosto de 2002. Acórdão publicado no DJ de 08 de agosto de 2003.

é difícil entender como ateístas se sentem representados por uma Constituição que evoca valores divinos.

3.2. Aspectos jurídicos no Brasil

Como vimos, o direito à liberdade de consciência e crença, outorgado pelo art. 5º, VI¹⁰, da Constituição Federal, pertence à chamada categoria de *status negativus* dos direitos fundamentais, ou categoria de liberdade. Como se depreende da redação do dispositivo, trata-se de uma norma de eficácia plena, e o constituinte aparentemente a concedeu sem ressalvas, sem limites. Além da proibição negativa frente ao Estado de não obstar culto algum, há uma obrigação positiva no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias. Essa proteção se dá principalmente no âmbito tributário, com a imunidade constitucional prevista no Art. 150, IV, *b*, da Constituição Federal¹¹.

Também faz parte do âmbito de proteção à liberdade de consciência e crença o constante no art. 5º, VIII¹², da Constituição Federal, igualmente pertencente à categoria de *status negativus*. Aqui, no entanto, o constituinte, além de proibir a diferenciação pelo Estado de indivíduos por motivos religiosos, filosóficos ou políticos, inclui a limitação constitucional de que tais convicções não podem ser invocadas para que o indivíduo deixe de cumprir obrigações gerais e negue-se a cumprir prestações alternativas. Nesse sentido, há também uma obrigação positiva por parte do Estado de oferecer a alternativa à obrigação geral.

Depois da leitura dos dispositivos, depreende-se que a área de proteção se refere a dois direitos essencialmente diferentes: o direito à liberdade de consciência, uma postura

¹⁰*In verbis*: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

¹¹*In verbis*: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto”.

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

moral individual; e o direito à liberdade de crença, mais ligado à fé religiosa, ficando a dúvida sobre se entidades filosóficas também fariam jus à proteção sob este dispositivo. Essa diferenciação ganhou contornos quando uma Loja Maçônica pretendeu, junto ao STF, ter estendidas para si as imunidades tributárias de que os cultos religiosos se valem, como veremos adiante.

De uma forma geral, no entanto, tanto a liberdade de consciência, quanto a de crença, abarcam as mesmas ações e comportamentos. No aspecto positivo, dizem respeito à liberdade interior de se vincular a um sistema de ideias ou crenças e à liberdade exterior de agir conforme tais ideias ou crenças. No aspecto negativo, significa exatamente deixar de comungar com as ideias antes professadas e deixar de agir como tais ideias preconizam, sem que por isso haja embaraço ou restrição de direitos.

Dentre os titulares do direito fundamental, por se tratar de uma categoria de *status negativus*, temos, em primeiro lugar, os indivíduos. Em segundo lugar, pela possibilidade de agrupamento de pessoas com ideias ou crenças parecidas, as entidades privadas (nunca públicas, dada a laicidade constitucional do art. 19, I, da Constituição Federal¹³) também podem gozar da liberdade outorgada. Pela diferenciação constitucional do Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, os titulares devem ser brasileiros ou residentes no Brasil, bem como as associações religiosas e ideológicas devem ter sede no país.

Como vimos, os direitos fundamentais possuem eficácia vertical e horizontal. Assim, do ponto de vista vertical, o indivíduo (ou a associação) pode se defender do Estado, caso ele intervenha no seu direito fundamental. Dentre essas possibilidades, podemos destacar: a) a redução de foro íntimo com doutrinação estatal em benefício ou detrimento de determinada ideia ou religião; b) a redução da possibilidade de expressão dessa ideia ou

¹³*In verbis*: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

religião; c) a redução do direito de ação conforme os ditames ideológicos ou religiosos; ou d) como vimos, se o Estado não oferecer meios alternativos de cumprimento de obrigações que firam tais ditames.

Do ponto de vista da eficácia horizontal, o indivíduo pode se proteger da ação de outros indivíduos que visem a diminuir ou a fazer desaparecer a sua liberdade. Não quer dizer que haverá intervenção se uma religião ou uma associação filosófica se apresentar como melhor ou mais correta do que as outras — pois é exatamente essa espécie de proselitismo que se espera de associações ou de religiões —, mas sim se houver sistemática perseguição a determinadas correntes diferentes por parte dos indivíduos ou das associações, como geralmente ocorre contra as religiões de matrizes africanas no Brasil.

Anteriormente, concluímos que, em um primeiro momento, a única limitação constitucional à liberdade de consciência e crença é a negativa de cumprimento de obrigação geral e de sua prestação alternativa. O exemplo brasileiro mais claro é o de serviço militar obrigatório para homens a partir dos dezoito anos. Se houver algum impedimento de consciência ou de crença, a Lei 8.239/91, em seu art. 3º e parágrafos, estabelece que a prestação alternativa se dará dentro do próprio Serviço Militar. Como, na prática, a esmagadora maioria dos brasileiros não participa do serviço militar por “excesso de contingência”, a norma ainda não teve sua constitucionalidade questionada, mas há dúvidas sobre a adequação.

Se o constituinte originário não ofereceu maiores limitações ao direito fundamental, é possível que outros direitos constitucionais colidentes venham a limitá-lo. De certa forma, o direito tende a seguir anseios mais gerais da sociedade, justificando que diferentes normas de comportamento apareçam em alguns locais e em outros não, mesmo que haja um passado comum entre duas nações. As particularidades de cada local justificam o que Clifford Geertz (2004), antropólogo americano, veio a chamar de sensibilidades jurídicas.

Em outras palavras, como é costume, no Brasil, portar crucifixos como forma de adorno corporal, o Congresso dificilmente passará uma lei que venha a proibi-los, sob o risco de ser considerada inconstitucional. No entanto, uma religião que tenha por preceito o sacrifício de animais — como é o caso de algumas religiões de matrizes africanas, bem como o das regras específicas de abate tanto judaicas quanto muçulmanas — pode vir a se chocar com leis de proteção aos animais. Por exemplo, recentemente, o Governo da Dinamarca, através do Ministro da Agricultura e Alimentos Dan Jørgensen, proibiu o abate de animais por motivos religiosos¹⁴.

Se, no Brasil, em um contexto que ainda busca retirar as religiões africanas da clandestinidade, prevalece a liberdade de crença, na Dinamarca, onde a luta atual é travada com relação aos direitos dos animais em confronto à liberdade religiosa de judeus e muçulmanos, principais prejudicados pela resolução naquele país, parecem ter a intervenção em seu direito fundamental à liberdade de crença justificada por motivos de ordem pública. É com esse contexto multicultural dos direitos fundamentais que vamos nos ocupar, a partir de agora.

¹⁴ Notícia veiculada em 17 de fevereiro de 2014, disponível no endereço: <<http://www.paulopes.com.br/2014/02/dinamarca-proibe-abate-por-motivos-religiosos.html>>. Acesso em 02 mar. 2014.

CAPÍTULO 4. Análise de julgados relativos à liberdade de consciência e crença no direito comparado

Para ilustrar como se dá a proteção à liberdade de consciência e crença, escolhemos três julgados de cortes distintas que tratam de direitos fundamentais em casos que são mais ou menos emblemáticos, seja pela sua originalidade, seja pela repercussão gerada pelas discussões. Após uma análise jurídico-dogmática, que leva em consideração as teorias disponíveis sobre os direitos fundamentais, tentaremos entender de um ponto de vista antropológico o que motivou tais decisões.

Do Brasil, escolhemos o Recurso Extraordinário 562.351/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (Informativo 692 do STF)¹⁵, julgado em 04 de setembro de 2012. Trata-se de um Recurso Extraordinário resultante de embargos à execução fiscal municipal. A Loja Maçônica Grande Oriente do Rio Grande do Sul recorria contra o Município de Porto Alegre no que entendia ser um caso de imunidade tributária. Pleiteava o reconhecimento de que era um “templo de qualquer culto” ou uma “instituição de educação e de assistência social, sem fins lucrativos” para não pagar o devido Imposto Predial Territorial Urbano-IPTU.

Da Suprema Corte Americana, escolhemos o caso *Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal-UDV*. O caso era uma apelação constitucional contra a proibição de entrada em território americano de carregamentos de chá de *hoasca*. Os representantes da UDV alegavam que o chá seria usado tão-somente para rituais religiosos, enquanto os representantes do Governo americano insistiam que a substância, por ser alucinógena e constar em um cadastro de substâncias proibidas, não poderia entrar legalmente no país.

¹⁵ A ementa e o voto do relator estão disponíveis *online* no endereço: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=115559611&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 04 mar. 2014.

Da Corte Europeia de Direitos Humanos, escolhemos o *Dogru v. França*. Trata-se de um recurso contra decisão administrativa de uma escola francesa que proibiu o uso de véu típico da religião muçulmana por parte de uma aluna durante as aulas de educação física. Enquanto a recorrente alegava violação à liberdade de consciência e crença, o governo francês arguia a impossibilidade de alegar motivos religiosos para não cumprir obrigações gerais.

Os três casos, até por serem bastante diferentes, permitem uma análise mais ampla e significativa do direito fundamental em questão, baseando-se nas argumentações político-jurídicas dos entes que tinham por função institucional dar a palavra final nos litígios. Com a análise caso a caso, será possível estabelecer conexões e discrepâncias entre as cortes estudadas, bem como entender qual a limitação institucional de cada uma. Seguiremos agora com os casos.

4.1. Brasil: Recurso Extraordinário 562.351/RS

O Recurso Extraordinário, apesar de conhecido em parte, foi desprovido por todos os membros da 1ª Turma do STF, com exceção do Ministro Marco Aurélio, ressaltadas as ausências justificadas dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. A parte que não foi conhecida do recurso dizia respeito ao reexame probatório, vedado pela Súmula 279 do próprio STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). Assim, o único tema conhecido dizia respeito à qualificação ou não da Loja Maçônica nas alíneas *b* (“templos de qualquer culto”) e *c* (“instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos”) do art. 150, VI, da Constituição, que outorgam imunidade tributária.

Lendo o voto do relator, é possível perceber que ele pouco ou nada inovou em relação às motivações das instâncias anteriores, dirigindo sua argumentação para o fato de que o Art. 5º, incisos VI e VIII, da Constituição, protegem dois núcleos distintos: o de consciência

e o de crença. Sendo assim, interpretou o Ministro que a imunidade tributária do art. 150 só atinge os templos de qualquer culto, ou seja, abarca tão-somente os prédios físicos destinados à liberdade de crença. Como a Maçonaria não professa uma fé religiosa específica, o imóvel utilizado pelas Lojas não estaria dentro da área de proteção da imunidade tributária.

Sobre a hipótese da alínea *c*, asseverou que o Código Tributário Nacional, em todo o teor do seu art. 14, impõe limites previstos constitucionalmente à imunidade concedida às instituições elencadas. Como as Lojas Maçônicas não cumprem com os requisitos previstos, segundo análise do relator, também não fariam jus à imunidade tributária concedida constitucionalmente para as instituições de educação e de assistência social. É nesse ponto que o Ministro evoca a Súmula 279 para não reexaminar o conjunto probatório. Impossibilitado de fazê-lo, mantém a decisão das instâncias inferiores.

Voltando à argumentação sobre a existência ou não de cultos maçônicos, o Ministro recupera escritos de famosos autores, como Sacha Calmon Navarro Coelho, que não reconhece a imunidade à Maçonaria, e Roque Antonio Carraza, que a reconhece, para estabelecer um diálogo e erigir seu potencial retórico na tentativa de justificar sua posição. No fim, o que procura realmente dizer é que a liberdade de consciência e crença deve ser interpretada em seu sentido extensivo, ampliador, enquanto a imunidade aos templos deve ser interpretada em seu sentido restritivo.

O único Ministro que votou pelo provimento do recurso na parte conhecida, Marco Aurélio, discorda exatamente da interpretação restritiva da expressão “templo de qualquer culto”. Para ele, “culto” é qualquer reunião que venha a adorar uma divindade. Como interpreta que, na Maçonaria, as atividades revolvem ao redor do “Grande Arquiteto do Universo”, confundindo-se geralmente com Deus, parece óbvio para o Ministro que deve ser caso de reconhecimento da Loja Maçônica como templo para culto. Para ele, não há na referência a templo necessariamente a exigência de uma religião.

Também entendeu o Ministro Marco Aurélio que o objeto público da Maçonaria se encaixa na hipótese da alínea *c*, pois é uma “associação iniciática, filosófica, filantrópica e educativa” (p. 6). Nesse ponto, o Ministro Lewandowski apontou que a entidade “exclui mulheres e analfabetos” (p. 6), entrando em um mérito que vimos não ser compatível com o exame constitucional, apesar de revelar que estudou a Maçonaria e que a vê “com muita simpatia” (p. 7).

Esse tipo de ênfase em determinadas instituições traz à mente os pressupostos da teoria institucionalista, representada principalmente pelo jurista alemão Peter Häberle (1997 e 2003). Por ser uma interpretação de cunho objetivista, para a teoria institucionalista, os direitos fundamentais seriam exercidos a partir de certas instituições básicas. No caso em tela, ao entrar no conteúdo material da Maçonaria para criticá-la, o Ministro Lewandowski parece exatamente escolher por meio de quais instituições o direito fundamental, em sua faceta da imunidade tributária, poderia ser exercido.

Discordando da posição de seu colega, para Marco Aurélio, como o Acórdão que deu ensejo ao Recurso Extraordinário não mencionava os requisitos do Código Tributário Nacional, fosse o entendimento de que seria necessário analisá-los, o processo deveria descer à primeira instância novamente, sob pena de supressão (p.4). O Ministro, em seu voto-vista, atenta para o fato de que, em outras ocasiões, o STF votou pela interpretação ampla das imunidades, por exemplo, ao concedê-la para álbuns de figurinhas em interpretação ampliada do texto constitucional (RE 221.239/SP) que a concede a livros e periódicos.

Lembrou ainda o Ministro que o próprio STF avançara bastante no conteúdo de proteção da imunidade tributária quando reconheceu que os valores obtidos pelo aluguel de imóvel pertencente a entidades assistenciais a terceiros também estariam protegidos, desde que fossem revertidos para suas atividades típicas (RE 174.476-6/SP). Em outras palavras, o Ministro abandona a interpretação objetivista que enfatiza a instituição para apoiar seu

entendimento em uma análise subjetiva de adequação ou não das entidades ao propósito constitucional.

Depois disso, o Ministro volta a tratar das acepções de religião, culto e templo, mostrando tanto etimológica, quanto historicamente, que as Lojas Maçônicas são, a despeito do que argumentara o Ministro Lewandowski, templos de culto, sim, e aponta para o fato de que a Maçonaria já foi até considerada religião civil (p. 5 do voto-vista). Vendo inequívocos traços de religiosidade, o Ministro não entende por que excluir a Maçonaria das entidades tributariamente imunes. Apesar de toda a sua argumentação, o resultado final, como vimos, foi o de não ampliação interpretativa.

Analisando criticamente, o exame do relator, que procura se assentar na separação do núcleo do Art. 5º, VI, tem por pano de fundo a objetivo não banalizar a imunidade tributária concedida às religiões, revelando, mais uma vez, o seu viés institucionalista. Temos ainda um juízo de valor emitido pelo Ministro Lewandowski sobre a exclusão de mulheres e analfabetos da Maçonaria, que poderia ser facilmente reprovado por não fazer parte da análise da liberdade de consciência e crença, sob o risco exatamente de o Estado escolher a quem deve ou não beneficiar.

Mesmo entendendo suas motivações, não creio que seja um argumento forte, nem retórica, nem juridicamente. No Brasil, não há qualquer vedação à criação de novas religiões, sendo necessário tão-somente um procedimento burocrático. Depois disso, a nova religião pode perseguir as imunidades tributárias sem maiores questionamentos. Para ilustrarmos, em 2009, Hélio Schwartzman, colunista do Jornal Folha de São Paulo, junto com alguns colaboradores, mostrou que, em apenas cinco dias e com R\$ 418,42 (valores da época), era possível obter um registro religioso junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica¹⁶.

¹⁶ Disponível *online* no endereço: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2911200909.htm>>. Acesso em 03 mar. 2014.

Apesar do tom jocoso com que a sua Igreja Heliocêntrica do Sagrado Evangélio foi criada, o articulista mostrou como seria fácil, com um pouco de malícia e má intenção, aproveitar-se das imunidades sem necessariamente prestar os serviços que elas buscam garantir. Não só isso: como é livre o registro, o Estado está proibido de negar fé à nova religião (art. 44, § 1º, do Código Civil¹⁷), não importando seu teor. Mesmo que a iniciativa do articulista de exigir imunidade tributária para os seus imóveis e automóveis não seja séria, é impossível negar que hoje há uma multiplicidade de igrejas que gozam dessa imunidade, diminuindo a força do argumento pela banalização.

Assim, tivesse uma assessoria jurídica diferente, a Loja Maçônica executada poderia simplesmente registrar-se juridicamente como religião para gozar da imunidade tributária. Isso escancara a pobre argumentação jurídica do relator e apoia a interpretação extensiva do voto-vista do Ministro Marco Aurélio. Em nossa opinião, não só ele conseguiu estabelecer uma interpretação sistemática convincente e adequada, como analisou o principal propósito da concessão de imunidades a templos de qualquer culto. Para sustentar seu ponto de vista, busca as palavras de Regina Helena Costa (2006, p. 70-71):

Constituindo tributo interferência constitucionalmente consentida aos direitos de liberdade e da propriedade, explicável que o legislador constituinte tenha decidido afastar a possibilidade do exercício de competência tributária em certas hipóteses, visando a garantir a eficácia de muitos princípios que aponta. Entendeu-se, assim, que a exigência de tributos nessas situações poderia consistir em embaraço ao exercício de determinados direitos ou, então, ao desempenho de atividades consideradas socialmente relevantes.

Por tal razão, as imunidades tributárias exurgem como normas voltadas ao asseguramento da plena produção de efeitos das normas que contemplam a liberdade de expressão, o direito de acesso à cultura e à liberdade de culto, por exemplo. E, ainda, para que as atividades de instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, entidades sindicais dos trabalhadores, partidos políticos e suas fundações, possam ser desenvolvidas sem empecos de ordem tributária.

¹⁷*In verbis*: “São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento”.

Por todo o exposto, concluímos que a decisão do relator, acompanhada por quase todos os membros votantes da 1ª Turma, teve um caráter mais eminentemente político do que jurídico. Ao manter as decisões das instâncias inferiores, os Ministros do STF se abstiveram de interpretar sistematicamente a Constituição no sentido de alcançar o propósito almejado pela imunidade tributária concedida pelo constituinte originário.

4.2. Estados Unidos: *Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*

A Apelação Constitucional movida pelo Procurador-Geral Gonzales contra a União do Vegetal-UDV tinha por base uma lei americana antidrogas (*Controlled Substances Act*)¹⁸. Segundo o Procurador-Geral, ao ingerir Dimetiltriptamina (DMT), componente alucinógeno retirado de plantas da Floresta Amazônica, os participantes da religião incorriam em delito de acordo com a referida lei, que tipifica o DMT em seu Catálogo 1, que elenca as substâncias consideradas mais perigosas. Em sua defesa, os representantes da UDV traziam à baila outra lei (*Religious Freedom Restoration Act*, de 1993) para argumentar que teriam seu direito fundamental à crença violado.

Para que seja considerada uma substância do Catálogo 1, a lei antidrogas prevê três requisitos, traduzidos livremente a seguir¹⁹:

- (A) A droga ou outra substância possui um alto potencial para abuso.
- (B) A droga ou outra substância não tem uso médico atual aceito para tratamento nos Estados Unidos.
- (C) Não há nível de segurança aceito para o uso da droga ou outra substância sob supervisão médica.

¹⁸ Disponível online no endereço: <<http://www.deadiversion.usdoj.gov/21cfr/21usc/>>. Acesso em 31 mar. de 2014.

¹⁹ Do original: (A) The drug or other substance has a high potential for abuse. (B) The drug or other substance has no currently accepted medical use in treatment in the United States. (C) There is a lack of accepted safety for use of the drug or other substance under medical supervision.

E os atos ilícitos para tais substâncias podem ser encontrados na Parte D, § 841, *a*, em tradução livre a seguir²⁰:

- (1) manufaturar, distribuir, ou administrar, ou possuir com intenção de manufaturar, distribuir, ou administrar uma substância controlada; ou
- (2) criar, distribuir, ou possuir com intenção de distribuir ou administrar uma substância simulada.

Se a decisão fosse guiada apenas pela leitura da lei, sem dúvidas a conduta da UDV seria considerada ilícita. Nesse sentido, o Governo argumentou que retirar a *hoasca* de circulação buscava atingir três objetivos: a) proteger a saúde dos membros da UDV; b) prevenir a dispersão do chá dos religiosos para usuários recreacionais; e c) obedecer à Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971. De sua parte, a UDV asseverou que os três objetivos não eram suficientes para que se interferisse em sua liberdade religiosa porque os riscos não se consolidavam na prática. Como os juízos de instâncias inferiores não se convenceram da lesividade, ônus argumentativo do Governo, decidiram pela manutenção da liberdade.

Na sua linha argumentativa, o relator John Glover Roberts relembra o fato de que o peiote, uma substância alucinógena derivada de um cacto, também está presente no Catálogo 1 e nem por isso foi negado o direito de tribos nativo-americanas usá-la em seus rituais característicos, derrubando o argumento pela aplicação uniforme da lei antidrogas. Disso se entende que apenas a concretização de uma hipótese penal não é suficiente para se interferir em uma liberdade garantida por direito fundamental.

²⁰ Do original: (1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or (2) to create, distribute, or dispense, or possess with intent to distribute or dispense, a counterfeit substance.

Sem dúvidas, a liberação anterior do peiote para fins religiosos é um precedente judicial poderoso contra as pretensões do Procurador-Geral e do Governo. Em primeiro lugar, porque a exceção à substância esteve presente desde os primeiros momentos da lei antidroga, que data até o ano de 1993. Em segundo lugar, porque ficou comprovado que a sua liberação para fins religiosos de forma alguma impediu o Governo americano de banir o uso recreativo de peiote entre não indígenas.

O terceiro objetivo do Governo, de obedecer às normas da Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas, também foi afastado. Não pela argumentação do juízo de primeira instância de que a Convenção não cobriria o *hoasca*, pois esta é uma substância constante no Catálogo 1, mas sim porque o Governo falhou em demonstrar o efetivo prejuízo internacional da liberação da substância para fins religiosos dentro do país. Mais uma vez, prevalece a tese pela liberdade enquanto padrão.

Analisando criticamente a decisão, podemos perceber um claro uso da teoria liberal dos direitos fundamentais (PIERROT e SCHLINK, 2008). Baseada no pressuposto que os mandamentos constitucionais são direcionados ao Estado e é dele o ônus argumentativo para justificar intervenções no âmbito da liberdade individual, a teoria elabora parâmetros de intervenção que devem ser rigidamente observados para que a atuação estatal não seja arbitrária, nem onere significativamente o indivíduo.

Esses parâmetros constituem o exame de proporcionalidade da ação estatal e são divididos em três fases principais (DIMOULIS e MARTINS, 2010): o exame de licitude, o de adequação e o de necessidade da intervenção. Na primeira fase, o Estado precisa demonstrar que o propósito almejado pela intervenção é lícito, bem como os seus meios de persecução; na segunda fase, o Estado precisa demonstrar que o modo de intervenção é adequado para preservar o bem jurídico no caso; na terceira fase, ainda precisa demonstrar que o meio

escolhido é o menos oneroso dentre outras opções com o mesmo nível de satisfação dos objetivos perseguidos.

No caso em questão, apesar de não seguir passo a passo as fases da intervenção, o relator analisa minuciosamente se a intervenção que o Governo buscava estaria respaldada pela lei antidrogase, principalmente, se não interferia de forma gravosa no direito individual protegido pela lei de liberdade religiosa. Em todo momento, o relator se debruça sobre a incapacidade de o Governo, através do Procurador-Geral, demonstrar que proibir os religiosos de comungarem com o chá de *hoasca* seja a melhor maneira de reforçar o banimento previsto na lei antidrogas.

Não por acaso, historicamente, os Estados Unidos são conhecidos por sua política mais liberal, seja econômica ou culturalmente. A própria formação do Estado americano, com a Federação das Treze Colônias, mostra como a preocupação sempre foi a de não repetir a tirania estatal europeia, da qual tinham acabado de fugir e contra a qual ainda travavam sangrentas batalhas. Isso se reflete também no ambiente do Direito. Roberto Kant de Lima (1999 e 2010), comparando instituições brasileiras e americanas, por exemplo, enxerga uma diferença entre o tratamento pessoal e individual.

Para o autor, o indivíduo é aquele que goza do tratamento equânime que toda lei precisa dispensar. A chamada igualdade formal exige que todos sejam tratados de maneira uniforme em situações semelhantes. Já a pessoa é aquele indivíduo que, devido ao *status* social ou à posição hierárquica, goza de privilégios, mesmo em situações em que levar vantagem seja moral ou legalmente condenável. Assim, uma sociedade poderia ser classificada de acordo com o tratamento dado aos seus habitantes, variando do mais individualizado ao mais personalizado.

Kant de Lima identifica, segundo esses padrões, que as instituições americanas dispensam um tratamento muito mais voltado para o indivíduo do que as suas

correspondentes brasileiras. Talvez por isso a decisão sobre o chá de *hoasca* não tenha tido problemas em beneficiar somente os cerca de cento e trinta usuários americanos quando da decisão. Enquanto isso, o Brasil prima, apesar da previsão legal de isonomia formal, em levar em consideração fatores socioculturais e hierárquicos nas decisões, talvez apontando uma razão para que motivos religiosos pesassem na não consideração da Maçonaria para fins de imunidade tributária.

No Brasil, por sinal, sede histórica da União do Vegetal, que aqui atua desde 1961, quando foi fundada pelo Mestre Gabriel²¹, nunca se questionou a ilicitude dos rituais que envolvem os chás alucinógenos sob o ponto de vista da liberdade religiosa. Nossa norma penal antidrogas é, de fato, uma norma em branco heterogênea, que depende da Portaria 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA para classificar o que é e o que não é substância entorpecente.

De toda forma, o fato é que a Suprema Corte Americana se aproximou de forma quase exata aos preceitos da teoria liberal clássica dos direitos fundamentais. Argumento a argumento, a Corte demonstra por que a pretensão governamental não se sustenta no caso concreto ao não demonstrar que o propósito pretendido seria capaz de sobrepujar o direito individual à liberdade de crença sem que este fosse profundamente afetado a ponto de ser reduzido a nada.

4.3. União Europeia: *Dogru v. França*

Apesar de haver outros casos igualmente importantes, tanto na França quanto na Turquia (*Leyla Şahin v. Turquia*), a escolha de *Dogru v. França*, de 04 de março de 2009, se sustenta no fato de ter sido um dos precedentes mais duros da Corte Europeia de Direitos

²¹ O portal oficial da União do Vegetal (<http://www.udv.org.br/>) não traz informações institucionais. Os dados presentes foram retirados da página da Wikipédia sobre a União, disponível online em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_do_Vegetal. Acesso em 28 abr. 2014.

Humanos sobre o assunto. Exatamente por isso, o caso e as argumentações dos envolvidos sempre são trazidos à tona quando da decisão de litígios semelhantes. A decisão em tela, portanto, tornou-se uma espécie de paradigma decisório para medir as intervenções estatais na liberdade de crença.

Diferentemente do caso analisado anteriormente nos Estados Unidos, o raciocínio jurídico do Governo francês e do seu sistema decisório não parte da liberdade como regra. Ou melhor, pode até partir da liberdade como regra, como o tenta fazer, mas relativiza essa liberdade em função de um sentimento de coletividade que parece se sobrepor abstratamente em determinadas situações, fazendo lembrar a teoria principiológica dos direitos fundamentais, inspirada na obra de Alexy (2008).

Para o autor, depois de fazer a distinção qualitativa entre princípios e regras, a colisão entre princípios deve ser resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. Tal sopesamento teria por objetivo “definir qual dos interesses — que abstratamente estão no mesmo nível — tem maior peso no caso concreto” (p. 95). Apesar de argumentar exatamente pelo contrário, Alexy, ao tentar salvar a teoria axiológica, cria uma espécie de hierarquia do caso concreto entre princípios ao prever que, satisfazendo certas condições, um determinado princípio sempre terá precedência sobre o outro.

Antes de adentrarmos especificamente nos motivos relevantes para a decisão do caso, é preciso fazer um aporte sobre a função da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em primeiro lugar, ela não se trata de um órgão da União Europeia, como o Tribunal de Justiça da União Europeia. Na verdade, ela é um órgão jurisdicional do Conselho da Europa, que abriga mais países membros do que a própria União Europeia, totalizando os quarenta e sete membros do Conselho.

Em segundo lugar, ela não pode se pronunciar sobre a legislação nacional dos países signatários. Sua base legal é tão-somente a Convenção Europeia de Direitos Humanos,

de 1950. Em outras palavras, assim como outros tratados internacionais mais gerais, ela é responsável por princípios abstratos que se moldam mais facilmente às relações entre os Estados-membros da Convenção, respeitando as particularidades nacionais. Isso limita consideravelmente sua força normativa e o alcance de suas decisões na responsabilização dos países signatários.

Nesse sentido, ela se assemelha à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que não vincula os países soberanos às suas decisões, nem atua, com relação a eles, como uma instância revisional. Sua função está mais para a preservação dos direitos incorporados pelos signatários e para a responsabilização dos Estados nacionais em casos de violação. Por mais que os particulares possam acessá-las diretamente, tanto a Corte Interamericana quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos só podem satisfazer sua pretensão indenizatória, mas nunca revisional.

No caso *Dogru v. França*, uma jovem aluna de uma escola pública francesa, Belgin Dogru, teve negada a sua pretensão de usar o véu característico da religião muçulmana durante as aulas de educação física. Inconformada, recorreu a diversas instâncias administrativas dentro da França, sempre com o mesmo resultado, até que teve a apelação negada pelo Conselho de Estado, último órgão da hierarquia francesa. Sem ter mais o que fazer dentro do âmbito nacional, recorreu à Corte Europeia alegando violação ao Art. 9º da Convenção, que diz respeito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião²²:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade

²² Com grafia original do português de Portugal. Disponível *online* no endereço: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 02 mar. 2014.

democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

A redação é bastante semelhante aos outros dispositivos que já estudamos. No primeiro período, prescreve a liberdade em seus sentidos negativo e positivo, bem como prevê a liberdade interna e externa. No segundo período, apresenta o limite da própria Convenção para que a liberdade não seja usada para eximir-se de obrigação geral ou para que sirva de base para a comissão de ações ou comportamentos ilegais. Analisando somente o dispositivo legal, portanto, seria de se esperar resoluções parecidas com as que já estudamos, mas obviamente não é o caso.

Fazendo o passo-a-passo prescrito pela teoria liberal, utilizando o raciocínio jurídico das decisões, o que se entende é que o ato de negar-se a tirar o véu para participar das atividades físicas não está sequer dentro do rol de proteção do direito fundamental à liberdade de crença. Pelo contrário, há sempre a ênfase na legislação em seus mais diversos níveis, desde a lei da laicidade em vigor na França, até o regulamento interno da escola, reforçando quatro argumentos principais.

O primeiro argumento é o de assiduidade nas aulas. Segundo ele, a aluna não poderia deixar de comparecer às aulas por motivos religiosos, pois estaria se eximindo de obrigações gerais. O segundo argumento diz respeito à obrigação de usar roupas adequadas para as aulas, o que excluía o véu. O terceiro trata da obrigação do professor de aplicar as regras e evitar situações que possam causar perigo no caso concreto. O quarto argumento vem de uma decisão do Conselho de Estado, datando de março de 1995, que considerava o uso do véu em aulas de educação física incompatível com a conduta desejada.

Como podemos ver, a análise sequer cogita enfrentar possíveis violações dos diplomas legais e de outras decisões de representantes estatais à liberdade individual de

crença. Tudo o que interessa como argumentação jurídica é o fato de que há tais previsões e que elas foram reiteradamente descumpridas por Dogru. Em tese, é um positivismo jurídico que dificulta a ampliação de direitos fundamentais, mesmo quando a violação parece tão explícita quanto neste caso.

A argumentação da Corte Europeia também partiu no mesmo sentido de explicar, tanto histórica quanto legalmente, por que a França é tão rígida na aplicação de leis gerais, mesmo quando em detrimento de direitos individuais. Para tanto, explica sete “práticas e leis domésticas relevantes” (p. 3-10) que foram determinantes para a decisão: a) o conceito de secularismo na França; b) a Seção 10 da Lei de Educação (Lei 89-486, de 10 de julho de 1989); c) o Decreto 85-924, de 30 de agosto de 1985; d) o regulamento interno da escola; e) a opinião 346.893 do Conselho de Estado, de 1989; f) as circulares do Ministério da Educação; e g) o subsequente caso-lei do Conselho de Estado.

Depois de elencar todos os atos importantes, a relatora Claudia Westerdiek passa a analisar a alegada violação do Art. 9º. O primeiro item de análise procura saber se o uso do véu tem propósito religioso ou não. Tal fato é importante porque a lei francesa do secularismo proíbe, junto com o véu, o uso, por exemplo, de crucifixos de tamanhos que deixem clara a afiliação do usuário. Após isso, reconhece que a expulsão de Dogru das aulas de educação física é, sim, uma limitação à sua liberdade religiosa. Com a confirmação, a Corte parte então para a análise de três requisitos para tornar legítima a intervenção estatal: a) se é prescrita por lei; b) se o fim perseguido é lícito; e c) se a intervenção é necessária em uma sociedade democrática.

Aparentemente, os itens são semelhantes àqueles que vimos como parte do princípio da proporcionalidade em função da teoria liberal clássica, também condizente com o processo de análise que se tornou clássico junto ao Tribunal Constitucional Federal Alemão. No entanto, os detalhes aqui fazem toda a diferença. A análise superficial dos itens

transparece o que foi dito antes: a sobreposição hierárquica abstrata do interesse público sobre o interesse individual, diminuindo o ônus argumentativo do Estado para justificar suas intervenções. Senão vejamos.

O primeiro item de análise, de existência de lei que prescreva a intervenção, obviamente foi confirmado. Apesar de a Lei em sentido formal datar de 2004 — portanto, após os fatos materiais —, não foi empecilho para a confirmação. Somente o princípio do secularismo, cumulado com outros posicionamentos estatais anteriores aos fatos do caso, parece ter sido suficiente para que a primeira condição fosse satisfeita. Entendendo a lei em seu sentido substancial e não somente formal, o primeiro item, portanto, parece ser apenas uma condição para a admissibilidade da intervenção, já que o que se questiona é exatamente o teor da(s) lei(s) e o seu potencial destrutivo com relação ao direito de liberdade religiosa.

No segundo item de análise, do propósito lícito da intervenção, a argumentação foi consideravelmente mais curta, resumindo-se a um parágrafo vago e genérico. A seguir, em tradução livre²³:

60. Levando em consideração as circunstâncias do caso e os termos das decisões das cortes domésticas, a Corte pode aceitar que a interferência reclamada perseguiu principalmente propósitos legítimos de proteger os direitos e as liberdades de outros e de proteger a ordem pública.

Equivalente ao critério da licitude do propósito e do meio no princípio da proporcionalidade, realmente há pouco espaço para a discussão de que o Estado francês perseguia fins lícitos e que sanções administrativas também são meios lícitos para atingir tais fins. O que parece desproporcional é que, para isso, seja necessário suprimir de tal forma a identidade individual que se manifesta na exposição de uma religiosidade. Assim, mesmo que

²³ No original: “60. Having regard to the circumstances of the case and the terms of the decisions of the domestic courts, the Court can accept that the interference”. O texto está disponível *online* no endereço: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-90039?TID=kvazrbcomw>>. Acesso em 02 mar. 2014.

a intervenção, usando os parâmetros do princípio da proporcionalidade, passasse na análise da adequação e fosse confirmado que esta é uma forma legítima de conseguir ordem social, a análise certamente cairia no exame da necessidade.

Isso porque a obrigação de retirar o véu só era exigível de Dogru nas aulas de educação física. Podemos concluir que a proibição é específica por questões de segurança naquele local, pois o uso do véu não é condenado nas ruas — basta dar uma volta pela capital Paris para que se enxergue uma infinidade de véus à mostra. Sendo assim, não seria difícil demonstrar que o uso do véu não é perigoso durante as atividades físicas. Mesmo que se comprovasse a periculosidade de algum tipo de véu, seria incalculavelmente menos gravoso para a liberdade regulamentar normas de segurança ou vestimentas com características mais seguras.

Sobre o assunto, a International Board, órgão internacional responsável pelas regras do futebol, acabou de editar regras que permitem o uso de véus para jogadores e jogadoras durante as partidas, seguindo apenas algumas determinações, como a de combinar as cores do véu com as do uniforme, a fim de evitar confusões²⁴. Essa nova determinação beneficia especificamente mulheres muçulmanas e homens adeptos do siquismo, uma religião monoteísta da região indiana famosa pelo uso de turbantes. Tais pessoas poderão praticar o esporte e participar de competições oficiais sem abrir mão de seus preceitos religiosos.

Voltando à análise do caso Dogru, a relatora se demora consideravelmente mais na análise do terceiro item, de que a intervenção tenha sido “necessária em uma sociedade democrática” (p. 16-21). No mérito, apesar de reconhecer a proteção dada pelo Art. 9º da Convenção, a relatora sopesa a proteção com o fator multicultural da França. Para ela, em um contexto multi-religioso, é necessário ter certas restrições individuais para uma convivência harmoniosa entre todos.

²⁴ Segundo notícia veiculada no Jornal O Estadão, de 01 mar. de 2014. Disponível *online* no endereço: <<http://www.estadao.com.br/noticias/esportes,orgao-internacional-libera-uso-de-veus-e-turbantes-no-futebol,1136212,0.htm>>. Acesso em 02 mar. 2014.

O papel estatal, nessa sociedade múltipla, seria assumir uma posição de neutralidade e imparcialidade. Essas posições estatais seriam contrapostas com a obrigação individual de ceder em determinadas questões para assegurar que a liberdade de todos seja respeitada em sua essência. Mesmo reconhecendo que o tratamento dado em diferentes países europeus diverge do francês, a relatora não chega a afirmar que um é mais ou menos certo que o outro, dando azo à afirmação anterior de que a função da Corte é mais simbólica do que normativa.

Para justificar, cita o precedente *X v. Reino Unido*, quando um fiel sikh foi obrigado a usar capacete para pilotar sua motocicleta por questões de segurança — no caso em questão, o fiel alegava que o turbante característico não cabia dentro dos capacetes convencionais e queria permissão para pilotar motocicletas sem o seu uso obrigatório. Também cita precedentes sobre as revistas obrigatórias em aeroportos e consulados (*Phull v. França* e *El Morsli v. França*), quando a remoção do turbante foi justificada por questões de segurança.

Obviamente, a discrepância entre as questões de segurança elencadas e o fato de usar véu durante atividades físicas pelas mesmas questões de segurança foi uma comparação infeliz. A relatora, aumentando o nó retórico, cita precedentes mais próximos do atual, como o caso de uma professora obrigada a retirar o véu para lecionar (*Dahlab v. Suíça*), baseado no potencial proselitista sobre os alunos. Contudo, os casos mais próximos (*Leyla Şahin v. Turquia* e *Köse e Outros v. Turquia*) tiveram o mesmo desfecho: o uso de véu em atividades públicas escolares não está protegido pelo núcleo de proteção do direito fundamental.

Dito tudo isso, a conclusão da relatora é a de que o propósito perseguido pelos países é o de aderir ao princípio secular nas escolas públicas e que o fato de usar símbolos religiosos só se tornou incompatível com o princípio quando as condições em que foram vestidos e as consequências da vestimenta assim autorizaram. Um último argumento

hierárquico é trazido à baila: o de que o secularismo é um princípio constitucional e fundador da República, seja na França, na Suíça ou na Turquia, deixando implícito que a liberdade religiosa aparentemente é um princípio inferior.

De um ponto de vista antropológico, parece haver uma tensão em toda a Europa no que diz respeito a imigrantes advindos principalmente do Norte da África e do Oriente Médio, antigas colônias europeias que gozaram de flexibilização das leis de imigração a partir dos anos sessenta do séc. XX. Stuart Hall (2005 e 2003) e seu grupo de estudos culturais, apesar de focarem suas análises no contexto britânico, apontam para a dificuldade de manter um contexto multicultural em que se respeitem as diferenças e as marcas de identidade, ao mesmo tempo em que há movimentos estatais no sentido de uma identidade nacional homogeneizada.

Os grupos religiosos, nesse sentido, apontam para certo tipo de perseguição dos Estados europeus contra as religiões orientais, principalmente com queixas de islamofobia. Sem dúvidas, a primeira impressão é a de perseguição religiosa e xenofobia, principalmente porque são os grupos recém-chegados que demandam esses direitos específicos que vão de encontro à ordem estabelecida, muitas vezes em cima de princípios erigidos ao longo de várias décadas. Por exemplo, a Lei de Separação entre Igreja e Estado da França data de 1905 —o que a torna um dos diplomas mais antigos a disciplinar a separação institucional.

O Estado parece bem protegido contra as queixas de perseguição porque suas instituições agem de acordo com algumas características que vêm em sua defesa: a) as exigências, aparentemente desproporcionais, atacam igualmente os cristãos, tipicamente reconhecidos como “europeus”, que também não podem exibir crucifixos pessoais nas mesmas ocasiões em que o véu está vedado; b) a clara divisão entre o que é público e o que é privado, recaindo as principais concessões individuais naquele enquanto neste tudo parece ser

permitido, seguindo a regra da liberdade e da intervenção justificada, sob ônus argumentativo do Estado.

Mesmo parecendo a nós, brasileiros, algo extremamente gravoso para o indivíduo, a exigência parece exemplificar bem o que antropólogo brasileiro Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2013, p. 135) identificou na França como duas faces do princípio de indivisibilidade dos direitos em sua universalização: de um lado, há o “corpo político”, um espaço espiritual e quase sagrado de igualdade formal, daí justificando a concessão de que todos devem fazer em nome do princípio do laicismo; e o “corpo social”, que, apesar de público, dá ao indivíduo a possibilidade de hierarquizar relações afetivas e fazer juízos de valor sobre fatos da vida, como profissões, escolas etc.

Enquanto no primeiro corpo os indivíduos devem respeitar os princípios estatais de neutralidade e de imparcialidade, no segundo corpo eles podem desenvolver suas personalidades de acordo com afinidades políticas, ideológicas e religiosas sem maiores interferências estatais. Mesmo assim, uma análise que partisse do critério subjetivo do exercício da liberdade fundamental à crença, o caso seria decidido de forma diferente: o Estado continuaria legitimado para exigir obrigações gerais de convivência de seus indivíduos, mas deveria oferecer prestações alternativas sempre que tais obrigações gerarem intervenção excessiva no direito fundamental individual.

CONCLUSÕES

Apesar de podermos traçar várias características comuns aos Estados nacionais reconhecidos como parte do Ocidente, de uma forma geral, os processos histórico-culturais que marcaram a separação entre Estado nacional e Igreja têm peculiaridades que dão conta, desde a aparente imiscuidade ainda existente entre as duas instituições, como no caso do Brasil, em que grupos religiosos podem definir o rumo de eleições e de processos jurídicos, até a aparente violação da liberdade religiosa por parte do Estado, mesmo quando as cartas constitucionais de direitos explicitamente preveem o direito fundamental.

No entanto, ainda que constatemos essa multiplicidade, continua sendo necessário estabelecer parâmetros jurídicos para analisar as intervenções estatais e classificá-las como mais ou menos adequadas, de acordo com alguns padrões preestabelecidos. Essas exigências podem vir tanto da ordem internacional, que comunga de diplomas legais, quanto da própria ordem interna, conforme diferentes grupos exijam respeito diante do Estado, seja aumentando a proteção jurídica, seja simplesmente obedecendo aos direitos já estabelecidos.

Se isso é verdade, também devemos constatar que esses critérios de padronização dificilmente encontram uma uniformidade de forma tal que seja possível exportar um tipo de decisão de um Estado nacional para outro, ou mesmo que sejam intercambiáveis entre Estados nacionais que fazem parte do mesmo bloco integrado. O direito comparado, nesses casos, serve mais como uma baliza de avanço ou retrocesso na aplicação de determinado parâmetro, mas não tem o poder de servir de precedente para outras ordens jurídicas.

Com isso em mente, no presente trabalho, além de analisar os julgados de diferentes cortes com os parâmetros do princípio da proporcionalidade, procuramos tapar as aparentes lacunas explicativas que a simples análise jurídico-dogmática poderia oferecer com análises histórico-antropológicas da formação dos Estados analisados em função do direito

fundamental à liberdade de consciência e, principalmente, de crença. Muito mais do que apenas justificar tal ou qual decisão, a intenção era de entender o contexto sociocultural decisório que nos ofereceu os argumentos utilizados pelas instâncias julgadoras.

Dessa forma, além de apontarmos o grau de uso da teoria liberal dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade pelas cortes competentes, formando um espectro que varia do mais para o menos otimizado, pudemos entender quais são as características socioculturais — tais como política estatal, multiculturalidade e graus de laicidade — mais relevantes para entendermos o que está por trás de uma decisão aparentemente inconsistente com os parâmetros puramente jurídicos. Vemos ainda que as cortes não ignoram os parâmetros, mas tentam usá-los de forma mais ou menos técnica para justificar uma decisão que pode esconder critérios políticos ou ideológicos.

As categorias de análise antropológica, nesse sentido, permitem uma avaliação mais subjetiva dos processos que permeiam a atividade jurídica nos diferentes Estados, estabelecendo relações que buscam adequar as decisões aos fatores predominantes nos diferentes Estados. Em outras palavras, dá ao analista uma capacidade maior de previsão do que é ou deixa de ser uma decisão padrão de acordo com as características da corte estudada. Com base nesse padrão, será possível identificar se uma decisão foi mais ou menos progressista (ou conservadora) com base no histórico da própria corte.

Completando o referencial teórico de análise, utilizamos as teorias mais influentes sobre os direitos fundamentais — teorias axiológica, liberal clássica, institucionalista e principiológica — para interpretar os argumentos retórico-jurídicos dos relatores, bem como, quando possível, analisar os debates travados entre os diferentes membros das cortes e os consequentes posicionamentos do plenário. Com isso, foi possível, dadas as devidas circunstâncias, enxergar os posicionamentos das cortes como mais ou menos compatíveis com determinada visão política sobre os direitos fundamentais.

Nos casos estudados, bem como nos trazidos como precedentes pelos membros das cortes, foi possível reconhecer orientações jurisprudenciais em formação — tanto no sentido de garantir maior liberdade aos indivíduos, quanto no sentido de maior regulamentação de seu exercício. Se tais casos serão ou não transformados em jurisprudência estável, dependerá de vários motivos, dentre outros, da própria composição da corte. O que nos interessa, ao estudar decisões presentes e pretéritas, é entender como uma corrente jurídica conseguiu *status* de oficial em determinada corte, bem como o que tais decisões reiteradas implicam na vida social dos jurisdicionados.

No caso brasileiro, vimos que uma tentativa de não banalizar a imunidade tributária a templos de qualquer culto pode ser frustrada exatamente pela facilidade de satisfazer as exigências legais e jurisprudenciais para fazer jus aos benefícios constitucionais. Se o STF pretendia endurecer o acesso às imunidades tributárias ao negar a interpretação extensiva às Lojas Maçônicas, dificilmente conseguirá interromper o rápido processo de surgimento de novas igrejas, beneficiadas pelas facilidades da lei, algo que o próprio STF não pode barrar, sob pena de, ele mesmo, limitar a liberdade religiosa.

No caso americano, vimos como uma corte com critérios claros de análise pode frustrar a tentativa de intervenção do Estado quando este não consegue arcar com o ônus argumentativo de forma satisfatória. Vimos também que a regra da liberdade é seguida de forma tal a permitir que um pequeno grupo de religiosos faça uso ritualístico de uma substância considerada como maior nível de periculosidade, desde que preenchidos certos requisitos, como a adequação legal e a inexistência de perigo concreto.

No caso europeu, representado pela decisão francesa mantida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, vimos como uma intensa separação entre a esfera pública e a privada, com prevalência daquela sobre esta quando se trata de obrigações públicas gerais, pode gerar decisões coerentes no âmbito nacional, mas que, ao mesmo tempo, oneram excessivamente o

indivíduo ao ponto de exigir dele uma concessão na livre composição de sua personalidade, quando da expressão religiosa em ambientes multiculturais.

Depois de todas as análises do presente trabalho, podemos concluir principalmente que a riqueza do fenômeno jurídico no Ocidente contribui para o debate e para a construção histórica de um ideal de Justiça que, mesmo em suas diferentes acepções, permeia a formação e a manutenção dos Estados nacionais, bem como a recente integração de tais Estados em blocos supranacionais. Em outras palavras, é a busca incessante pela Justiça que move a interpretação jurídica do Ocidente.

No plano da liberdade de consciência e crença, essa busca pela Justiça pode tomar contornos de garantir ao maior número de pessoas a possibilidade de expressão de sua espiritualidade, tentando sempre acomodar as diferenças socioculturais de âmbito interno e externo aos indivíduos. Para tanto, varia de país para país as medidas que o Estado tomará, tanto positiva quanto negativamente, para dar efetividade às garantias libertárias desse grande número de diferenças nas sociedades globalizadas e multiculturais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, p. 55-66.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERMAN, Harold. **Direito e Revolução: a formação da tradição Jurídica Ocidental**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **State, society and liberty: studies in political theory and constitutional law**. Nova Iorque: Berg, 1991. [em inglês]

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr/jun, 2008, p. 82-93.

_____. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível *online* no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 mar. 2014.

_____. **Lei 8.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível *online* no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 01 mar. 2014.

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível *online* no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 28 fev. 2014.

_____. **Lei 8.239**, de 04 de outubro de 1991. Disponível *online* no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18239.htm>. Acesso em 02 de mar. 2014.

_____. **Lei 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Disponível *online* no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em 03 mar. 2014.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível *online* no endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 05 mar. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC: Partido Social Liberal e outros**. Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 15 de agosto de 2002. Acórdão publicado no DJ de 08 de agosto de 2003.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712/PA**: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará. Relator: Ministro Eros Grau. Data de Julgamento: 25 de outubro de 2007. Acórdão publicado no DJ de 26 de outubro de 2008.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Tri ndadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 02 mar. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO DA EUROPA, Corte Europeia de Direitos Humanos. **Dogru v. France**. Disponível *online* no endereço: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-90039?TID=styoarvnwb>>. Acesso em 02 mar. 2014. [em inglês]

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal**. Disponível online no endereço: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-1084.pdf>>. Acesso em 02 mar. 2014. [em inglês]

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. 7. ed. Trad. De Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Trad. de Jürgen Saligman. Granada: LAEL, 2003. [em espanhol]

HALL, Stuart. **A identidade cultura na pós-modernidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

_____. **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. Liv Sovik (org.) Trad. de Adelaine La Guardia Resende *et al.* Belo Horizonte: Ed UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabrir Editor, 1991.

LIMA, George Marmelstein. **Os direitos fundamentais e o Poder Judiciário**. Fortaleza: Premius, 2001.

LIMA, Roberto Kant de. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, nov. 1999, p. 23-38.

_____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico 2009-2**, 2010, p. 25-51.

LOCKE, John. **A letter concerning toleration**. Disponível *online* no endereço: <<http://www.constitution.org/jl/tolerati.htm>>. Acesso em 05 mar. 2014. [em inglês]

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008. Disponível online no endereço: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 01 mar. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Direito legal e insulto moral**: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

_____. **Equality, dignity and fairness**: Brazilian citizenship in comparative perspective. *Critique of Anthropology*, 2013, n. 33, p. 131-145. [em inglês]

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**: direito estatal II. Trad. de Antônio Franco e Antônio Francisco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.