



Editora Unesc

Série
Dissertações e Teses



Liberdade religiosa e a teoria da justiça de
John Rawls

Julio Cesar Frosi



Editora Unesc

Série
Dissertações e Teses



Liberdade religiosa e a teoria da justiça de
John Rawls

Julio Cesar Frosi

© 2017 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F938l Frosi, Julio Cesar.
Liberdade religiosa e a teoria da justiça de John Rawls / Julio Cesar Frosi. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. – (Série Dissertações e Teses, v. 12)
176 p. ; il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-109-7

1. Liberdade religiosa. 2. Direitos fundamentais. 3. Rawls, John. I. Título. II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Eliane Salet Filippim

Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO II - O PAPEL DA RELIGIÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	15
2.1 DISCURSOS PRELIMINARES SOBRE RELIGIÃO	17
2.1.1 Origens, Etimologia e Contextualização da Religião	17
2.1.1.1 Considerações iniciais sobre a Religião	17
2.1.1.2 Breves reflexões sobre a existência de um Ser Supremo e a consciência metafísica	25
2.1.1.3 A Religião como forma de conhecimento	29
2.1.2 Os Elementos da religião	31
2.1.3 A inter-religiosidade e a religião cristã como atividade colonizadora	35
2.1.5 O suporte moral da religião nas culturas ocidentais e orientais	41
2.1.6 O futuro da religião e o problema da secularização	43
2.2 A RELIGIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	45
2.2.1 Normas no âmbito internacional	45
2.2.2 Algumas hipóteses de previsão legal no direito comparado	48
2.2.3 Normas no direito brasileiro	50
2.3 CONSIDERAÇÕES	52

CAPÍTULO III - A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA NO ÂMBITO RELIGIOSO.....	55
3.1.1 A liberdade religiosa	57
3.1.1.1 Considerações sobre a liberdade religiosa	57
3.1.1.2 Noções básicas para compreender a liberdade religiosa ..	59
3.1.1.3 O Direito natural e a liberdade de expressão no direito positivo	62
3.1.2 A liberdade religiosa enquanto direito humano e direito fundamental	67
3.1.2.1 Considerações históricas	67
3.1.2.2 Fundamentação jusfundamental da liberdade religiosa ...	69
3.1.2.3 O equilíbrio entre liberdade e segurança.....	76
3.2 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	79
3.2.1 Considerações sobre a violação da liberdade religiosa	79
3.2.1.1 A violação da liberdade religiosa inserida nos costumes religiosos	79
3.2.1.2 A manutenção da religião na família pelos pais: violação da liberdade religiosa?	82
3.2.2 O caso de transfusão de sangue das testemunhas de Jeová	84
3.2.2.1 A religião das Testemunhas de Jeová.....	84
3.2.2.2 A balança da autonomia e da heteronomia.....	85
3.2.2.3 O constrangimento ilegal na transfusão de sangue das Testemunhas de Jeová	86

3.3 ESTADO E LAICIDADE	90
3.3.1 Laicidade versus laicismo	90
3.3.2 Surgimento da definição de laicidade	93
3.3.3 A laicidade nas constituições brasileiras	97
3.3.4 O caso do crucifixo nos órgãos públicos e outras questões sobre a confessionalidade do Estado	100
3.3.4.1 Os crucifixos nos órgãos públicos.....	100
3.3.4.2 Exemplos de casos fora do Brasil	105
3.4 CONSIDERAÇÕES	110

CAPÍTULO IV - A APLICAÇÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA À LIBERDADE RELIGIOSA.....113

4.1 A TEORIA RAWLSIANA APLICADA AO TEMA DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	115
4.1.1 Uma compreensão básica da teoria da justiça	115
4.1.2 Fundamentação dos dois princípios de justiça em detrimento do princípio utilitarista	121
4.1.3 A limitação da religião na esfera privada lastreada na teoria da justiça	124
4.2 JUSTIÇA E DEMOCRACIA	128
4.2.1 A construção conceitual de uma democracia constitucional justa e seus fundamentos políticos	128
4.2.2 O direito à liberdade frente à democracia	136
4.3 A LIBERDADE RELIGIOSA FRENTE ÀS OBRIGAÇÕES DE CUMPRIR AS LEIS	139

4.3.1 As obrigações legais.....	139
4.3.2 A desobediência civil e a escusa/objeção de consciência..	144
4.3.2.1 Fundamentação de uma teoria para o descumprimento das leis injustas.....	144
4.3.2.2 A fundamentação rawlsiana da desobediência civil	146
4.3.2.3 A fundamentação rawlsiana da objeção de consciência .	148
4.4 CONSIDERAÇÕES	152
CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	155
REFERÊNCIAS	161

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Em sociedades multiculturais democráticas constitucionais marcadas pelo pluralismo, pela diversidade e pelas diferenças, o livre exercício (autonomia) das convicções morais, filosóficas e religiosas é um direito fundamental que é e deve ser preservado. Entretanto, especialmente no âmbito da prática de algumas posições e crenças religiosas, outros bens jurídicos, direitos e garantias constitucionais podem ser afrontados ou lesados. São exemplos disso no contexto brasileiro: a) a recusa de transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeóva; b) a obrigatoriedade do ensino religioso nas escolas públicas; c) o uso de crucifixos ou imagens religiosas em repartições públicas; d) a exigência de alguns grupos religiosos de prestar concursos públicos em datas e horários específicos para não que os mesmos não coincidam com dia por eles considerado sagrado e e) outros exemplos que poderiam ser apresentados.

O ponto central da investigação que se pretende levar a cabo é pensar esses casos problemáticos a partir da Teoria da Justiça desenvolvida por *John Rawls*. *Em termos mais específicos, o tema do presente estudo é o seguinte: a análise do exercício da liberdade religiosa a partir da proposta teórica rawlsiana criada a partir de 1971 em seu livro A Theory of Justice.*

Desse modo, o problema que orienta o trabalho é o seguinte: quais princípios filosóficos/jurídicos limitam ou podem auxiliar na possível limitação da liberdade religiosa em sociedades multiculturais democráticas constitucionais marcadas pelo pluralismo, pela diversidade e pelas diferenças.

O propósito deste trabalho – o objetivo geral – é analisar o tema da liberdade religiosa em relação à democracia sob o enfoque da *Teoria da Justiça* de *John Rawls*. Procura-se perfazer, desta forma, a identificação dos princípios que legitimariam a limitação ou possível restrição de posições e crenças religiosas, especialmente em relação a questões de grande relevância jurídica, como das obrigações de cumprir as leis.

Quanto aos *objetivos específicos* são os seguintes: 1) analisar a importância e o papel da religião nas sociedades pluralistas dos dias atuais; 2) verificar a natureza jurídica da liberdade religiosa, ou seja, se é e por quais razões é considerada um direito fundamental; 3) propor hipóteses de ameaça ao direito referido e apresentar argumentos que possam definir se estamos diante de uma violação ou não; 4) sobrepor o tema da liberdade religiosa à Teoria da Justiça de *John Rawls*, extrair o essencial de cada tópico e sintetizar em uma única conclusão; 5) por último, tratando-se a escusa de consciência uma questão essencial da liberdade religiosa, pretende-se analisar sistematicamente a necessidade de cumprir as leis, utilizando-se, para tanto, da ideia de sociedade como sistema cooperativo, apresentado por *Rawls*.

A escolha do tema exposto *justifica-se*, basicamente, nas seguintes razões: a) é juridicamente relevante na medida que indica a fronteira entre a autonomia privada e os espaços públicos estatais e intersubjetivos no exercício de certas liberdades e possibilita pensar alternativas para conflitos de liberdades; b) no âmbito filosófico possibilita a aplicação e esclarecimento da teoria rawlsiana em uma dimensão importante da estrutura básica da sociedade e c) socialmente, demonstra a necessidade de considerar com tolerância e civilidade o tema da diversidade religiosa.

Deste modo, é necessário *justificar também a escolha da filosofia política como referencial teórico para buscar o objetivo proposto, ou seja, demonstrar a sua relevância para uma pesquisa acadêmica. Em razão disso, ressalta-se que, segundo John Rawls, a importância da filosofia política reside nas suas quatro principais funções, enumeradas a seguir (RAWLS, 2003, p. 1-6).*

A primeira é resolver o problema da ordem, como função prática resultante de conflitos irreconciliáveis. Para tanto, é preciso enfocar questões profundamente controversas e verificar se, a despeito das aparências, é possível descobrir alguma base subjacente de acordo filosófico e moral.

A segunda função é a sua contribuição para o modo de um povo pensar o conjunto de suas instituições políticas e sociais, assim como suas metas e aspirações básicas enquanto sociedade com uma história, em contraposição a suas metas e aspirações enquanto indivíduos, ou enquanto membros de famílias e associações.

Uma terceira função, destacada por Hegel, em *Filosofia do Direito* (1821), é a da reconciliação (*Versöhnung*), ou seja, devemos aceitar e afirmar nosso mundo social positivamente, e não apenas nos resignar a ele. Para resolver esse problema, Rawls propõe o sistema cooperativo, considerando a sociedade como um sistema equitativo de cooperação que se perpetua de uma geração para outra, em que aqueles que cooperam são vistos como cidadãos livres e iguais, ou então como membros normais e cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida.

A quarta função é uma variação da terceira. Em razão de a filosofia política ser entendida como realisticamente utópica, ou seja, examinada nos limites da possibilidade política praticável, ela possui o objetivo de criar um pluralismo razoável de teorias que demonstrem como seria uma sociedade democrática justa em condições históricas razoavelmente favoráveis, de tal forma que um regime democrático ao menos razoavelmente justo seja possível.

Justificadas as suas funções, insta salientar que, o ramo da filosofia política que Rawls faz parte, e que é trabalhado nesta pesquisa (seu referencial teórico), é a vertente do liberalismo político. Uma das origens históricas do liberalismo foram as guerras religiosas nos séculos XVI e XVII, após a Reforma Religiosa.¹

O termo liberal (em inglês), nos Estados Unidos, não tem a mesma acepção que lhe é atribuída entre nós, brasileiros, e na Europa. Os conservadores norte-americanos entendem-no como sinônimo de

¹ Movimento que causou as grandes transformações econômicas, sociais, culturais e políticas ocorridas na Europa nos séculos XV e XVI, que permitiram o surgimento de novas doutrinas religiosas mediante o enfraquecimento da Igreja Católica. Causou ainda o rompimento da unidade do Cristianismo centrado no Vaticano.

socialista, o que tampouco faz sentido no Brasil. O socialismo ocidental, embora alentasse uma sociedade sem classes e lutasse pela estatização da economia, sempre esteve dentro dos limites impostos pelo sistema democrático representativo, ao contrário do socialismo oriental, que aderiu ao totalitarismo e passou a ser conhecido como comunismo, justamente para não confundi-lo com o socialismo (CARDIM, 2000, p. 5).

A corrente dos liberals, em grande parte identificada nos E.E.U.U. com o Partido Democrata, caracteriza-se pela adoção de mecanismos oficiais destinados a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo por intermédio do mercado. O liberalismo, apesar de abdicar da sociedade sem classes, promove uma certa igualdade de resultados, o seu compromisso é com a igualdade de oportunidades. O liberalismo americano pode ser associado ao social-democrata brasileiro. Não se deve confundir com o liberalismo brasileiro, que são chamados de conservativos ou new-conservativos (CARDIM, 2000, p. 6).

A presente investigação é, portanto, *bibliográfica*,² quanto aos seus objetivos é *analítico-interpretativa*. Pode ser assim qualificada por centrar-se na análise detalhada da estrutura dos argumentos das posições destacadas e na interpretação sistemática das teses defendidas.

O *desdobramento argumentativo* do trabalho é da seguinte forma:

1. Discute-se a religião e seu papel na sociedade contemporânea, demonstrando-se neste íterim, os fundamentos filosóficos metafísicos que abrangem a consciência individual (seja religiosa, filosófica ou científica), os elementos que constituem a religião, a caracterização da intolerância religiosa, o pluralismo religioso, dentre outras questões voltadas a áreas distintas do Direito, como antropologia e teologia.

² Pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. Fornece instrumental analítico para qualquer outro tipo de pesquisa, mas também pode esgotar-se em si mesma. O material publicado pode ser fonte primária ou secundária (MORESI, 2003, p. 62).

2. Demonstra-se a origem da liberdade religiosa e sua fundamentação para servir como direito fundamental nas sociedades pós-modernas, bem como hipóteses de violação desta liberdade e as formas de separação entre Igreja e Estado.

3. Discute-se acerca de temas relevantes da filosofia política, como algumas questões essenciais da justiça e da democracia, e especialmente a obrigação de cumprir as leis, abrangendo, neste caso, a desobediência civil e a escusa de consciência. Nesta seção são trazidas e debatidas as categorias rawlsianas da Teoria da Justiça, inclusive sua apreciação conjunta com o tema da liberdade religiosa.

Sobre a questão da desobediência civil, trata-se de um problema de deveres conflitantes. O conflito reside em definir até que ponto existe a obrigação de obedecer a leis estabelecidas por uma maioria, em vista do direito de defender as liberdades pessoais e do dever de se opor à injustiça. O dilema envolve a natureza e os limites da regra da maioria, razão pela qual é um teste crucial para qualquer teoria da base moral da democracia.

Para que valham a pena os esclarecimentos propostos, é necessário evitar princípios precisos que decidem de imediato casos concretos, pois uma teoria útil define uma perspectiva dentro da qual pode ser abordado o problema, identificando as considerações pertinentes e ajudando a atribuir os pesos corretos nos casos mais importantes.

CAPÍTULO II
O PAPEL DA RELIGIÃO
NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA

2.1 DISCURSOS PRELIMINARES SOBRE RELIGIÃO

2.1.1 Origens, Etimologia e Contextualização da Religião

2.1.1.1 Considerações iniciais sobre a Religião

Antes de tratar do papel da religião na sociedade, faz-se necessário, inicialmente, ressaltar que a religião³ pode ser compreendida como uma forma ou espécie de consciência, mas que esta última é muito mais ampla, abrangendo por exemplo a filosofia ou doutrinas espíritas.

Sendo a religião uma forma de consciência, é relevante registrar que a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento, sendo ainda considerada como uma verdadeira consagração da maturidade de um povo, pois é o verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

Segundo *Pieroth*, consciência é uma atitude moral que faz parte da constituição da identidade pessoal de uma pessoa e lhe prescreve, de maneira subjetivamente vinculativa, que, numa situação concreta, pratique como “boas” ou “justas” certas ações ou as omita como “más” ou “injustas”. A decisão de consciência deve ser considerada, por conseguinte, toda a decisão séria e moral, ordenadas pelas categorias de bem e do mal, que o particular sente intimamente, numa determinada situação, como sendo para si vinculativa e absolutamente compromissiva, de tal maneira que não poderia agir contra ela sem um sério peso de consciência (PIEROTH, 2012).

Entendido isso, ressalta-se que, a religião, em seu sentido etimológico, atestado por *Cícero*, vem de *relegere* (re-ler), ler de novo, reunir ou reconhecer. Para *Lactâncio* (conselheiro do primeiro imperador

³ A Religião, como um fenômeno humano, é estudada pela Teologia, pela Filosofia, pela História, pela Psicologia, pela Fenomenologia, pela Psicanálise, pela Sociologia etc.

romano cristão, Constantino I, por volta de 300 d.C.), deriva de *religare* (re-ligar), ligar o homem novamente a Deus; o homem vai a Deus e Deus vem ao homem. Agostinho, divergindo, afirma que vem de *reeligere* (re-eleger), tornar a escolher a Deus (WILGES, 1989, p. 10).

A religião constitui sem dúvida alguma, um fenômeno universal, e com isso também plural, diversificado.⁴ Acompanha a humanidade desde suas origens mais remotas até os dias atuais. O fenômeno religioso é universal, pois o homem é por si mesmo um ser religioso, que ou crê em Deus, ou crê em ídolos, que para si fabrica.⁵

Em todos os tempos, lugares e povos, existe o fenômeno religioso. Ainda que seja no ateísmo ou agnosticismo, encontra-se o fenômeno religioso, pois quem faz parte deste segmento determinou, em algum momento de sua vida, sobre a existência ou inexistência de um Ser Superior, e inclusive, vai mais além, argumentando e convencendo os demais indivíduos acerca de suas crenças.

Entretanto, há compreensões que enxergam o fenômeno religioso de forma negativa. Neste sentido, lembra-se que, para Marx, a religião é o “ópio do povo”,⁶ pois é a superestrutura do poder econômico. Isso porque a religião diz que é preciso obedecer ao estado, ao patrão, mesmo que eles o explorem. Não se deve revoltar, é preciso obediência e paciência e, depois, no céu, Deus recompensará.⁷ No entanto, o *Marxismo não dá real esperança nem para este e nem para outro mundo.*⁸

⁴ O pluralismo religioso implica a multiplicidade de religiões divididas em grupos religiosos, momento no qual nasce a necessidade do diálogo inter-religioso, bem como a supressão do fundamentalismo religioso, que por sua vez, impossibilitaria o proposto diálogo.

⁵ É interessante ressaltar a psicanálise de Carl Jung sobre a questão. Segundo ele, ninguém está curado, enquanto não atingir seu enfoque religioso (MOREIRA, 2006). E também, a famosa frase de Cícero escrita no *De Natura Deorum* (séc. I A.C.): “[...] não há povo tão primitivo e tão bárbaro que não admita a existência de deuses, ainda que se engane quanto a sua natureza.” (KONINGS; ZILLES, 1997, p. 19).

⁶ Em alemão, a notória frase “*Die Religion ... Sie ist das Opium des Volkes.*”

⁷ “A miséria religiosa é, ao mesmo tempo, a expressão da verdadeira miséria e o protesto contra a verdadeira miséria. A religião é o suspiro da criatura aflita, a alma de um mundo sem coração, o espírito de uma situação sem espírito. Ela é o ópio do povo.” (MARX, 1970, p. 52).

⁸ Nota-se que ela é criticada de “ópio” como meio anestésico e calmante. Marx entende que ela representa um remédio que não contribui para curar a doença de que sofre a sociedade, mas apenas alivia a dor.

No mesmo contexto argumentativo, para *Ludwig Feuerbach*, a religião é negativa apenas no sentido teológico, ou seja, quando a essência humana se torna objetiva e independente na forma de um Deus. Mas não, enquanto é uma primeira forma, embora indireta, de o homem se dar conta de sua essência. O potencial da manifestação religiosa é desvendado quando a diferença entre teologia e antropologia é eliminada, pois, em verdade, Deus pode apenas ser identificado com o homem (FEUERBACH, 2007, p. 38-39).

Segundo *Carl G. Jung*, a religião é importante para o homem, e este tem dentro de si uma força, um dinamismo que o impele para Deus. Se o homem recalca essa energia por um tempo prolongado, ele se torna neurótico. A psique humana, na sua camada mais profunda, é religiosa, crística e teísta. O arquétipo do fenômeno Deus é o polo centralizador de toda a vida psíquica e habita no mais profundo da realidade humana. A emergência dessa camada profunda à consciência apresenta-se no fenômeno que se intitula de inspiração e de revelação. *Jung* conseguiu somente curar seus pacientes com mais de trinta anos, fazendo que assumissem a sua antiga fé.⁹

Enquanto isso, para *Thomas Hobbes*, a Religião existe no homem por três motivos: 1. Devido a peculiaridade do homem investigar as causas dos eventos a que assiste, uns mais, outros menos, mas em todos os homens o suficiente para terem a curiosidade de procurar as causas da sua própria boa ou má sorte; 2. É peculiar ao homem, também, perante toda e qualquer coisa que tenha tido um começo, pensar que ela teve também uma causa, que determinou esse começo no momento em que o fez, nem mais cedo nem mais tarde; 3. Enquanto aos animais a única felicidade é o gozo dos seus alimentos, repouso e prazeres quotidianos, pois de pouca ou nenhuma previsão dos tempos vindouros são capazes, por falta de

⁹ Sobre isso, remete-se a vários de seus livros, especialmente *Psychologie und Religion* (JUNG, 1971), e *Die Praktischen der Psychotherapie* (JUNG, 1954, p. 15-16).

observação e de memória da ordem, consequência e dependência das coisas que veem, o homem, por seu lado, observa como um evento foi produzido por outro e recorda os seus antecedentes e consequentes. Assim, quando ele se vê na impossibilidade de descobrir as verdadeiras causas das coisas, supõe causas para elas, quer as que lhe são sugeridas pela sua própria imaginação, quer as que aceita da autoridade de outros homens, os quais considera seus amigos e mais sábios do que ele próprio (HOBBS, 2003, p. 92).

Para *Hobbes*, é possível que a Religião seja proveniente do medo do homem, mas o reconhecimento de um Deus único eterno, infinito e onipotente, pode ser derivado do desejo que os homens sentem de conhecer as causas dos corpos naturais, e as suas diversas virtudes e operações, mais facilmente que do medo do que possa vir a acontecer-lhes nos tempos vindouros (FRAZER, 1894).

Teriam razão, então, aqueles que afirmam a religião como proveniente do medo, da ignorância (*Tito Lucrécio Caro, John McCarty*), ou quem sabe do entusiasmo pelos fenômenos da natureza? Para a teoria de fatores intrínsecos (*Augusto Comte, Sir James George Frazer*) (FRAZER, 1894), a religião teria três estágios (SALDANHA, 2010, p. 23): 1) teológico, em que os homens procuram explicar tudo com os deuses, também as leis da natureza; 2) metafísico, no qual os fenômenos da natureza são explicados com conceitos puramente metafísicos; 3) positivo, em que os fenômenos são estudados cientificamente, explicados por meios naturais.

Sobre esses três, estágios, vale apresentar uma pequena citação sob a ótica de *Augusto Comte*:

No estado teológico, o espírito humano, dirigindo essencialmente suas investigações para a natureza íntima dos seres, as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o tocam, numa palavra, para os conhecimentos absolutos, apresenta os fenômenos como produzidos pela ação direta e contínua de agentes sobrenaturais mais ou

menos numerosos, cuja intervenção arbitrária explica todas as anomalias aparentes do universo.

No estado *metafísico*, que no fundonada mais é do que simples modificação geral do primeiro, os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e concebidas como capazes de engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados, cuja explicação consiste, então, em determinar para cada um uma entidade correspondente.

Enfim, no estado *positivo*, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir. (COMTE, 1978, p. 36-37).

Pode-se também dizer que seriam esses estágios, respectivamente, o religioso, o filosófico e o da ciência positiva. Entretanto, não se pode esquecer que até mesmo grandes cientistas, como *Einstein* e *Wernher von Braun*,¹⁰ acreditavam num Ser Supremo,¹¹ e não podem ser acusados de ignorância científica, implicando, portanto, que cada estágio não seria necessariamente suprimido pelo sucessor.

¹⁰ Engenheiro alemão mundialmente conhecido por sua participação como projetista chefe do primeiro foguete de grande porte movido a combustível líquido produzido em série, o *Aggregat 4*, e por liderar o desenvolvimento do foguete *Saturno V*, que levou os astronautas dos EUA à Lua, em julho de 1969.

¹¹ O que pode ser verificado pela leitura de diversos autores, como por exemplo o catarinense *Huberto Rohden*, que conviveu com *Einstein* em meados de 1948 em Princeton (ROHDEN, 2007).

Até mesmo *Albert Einstein*, equivocadamente considerado como ateu por muitos, em sua visão do mundo, *Mein Weltbild*, escreveu o seguinte:

É portanto compreensível que as igrejas tenham, em todos os tempos, combatido a Ciência e perseguido seus adeptos. Mas eu afirmo com todo o vigor que a religião cósmica é o móvel mais poderoso e mais generoso da pesquisa científica. Somente aquele que pode avaliar os gigantescos esforços e, antes de tudo, a paixão sem os quais as criações intelectuais científicas inovadoras não existiriam, pode pesar a força do sentimento, único a criar um trabalho totalmente desligado da vida prática. Que confiança profunda na inteligibilidade da arquitetura do mundo e que vontade de compreender, nem que seja uma parcela minúscula da inteligência a se desvendar no mundo, devia animar Kepler e Newton para que tenham podido explicar os mecanismos da mecânica celeste, por um trabalho solitário de muitos anos. Aquele que só conhece a pesquisa científica por seus efeitos práticos vê depressa demais e incompletamente a mentalidade de homens que, rodeados de contemporâneos céticos, indicaram caminhos aos indivíduos que pensavam como eles. Ora, eles estão dispersos no tempo e no espaço. Aquele que devotou sua vida a idênticas finalidades é o único a possuir uma imaginação compreensiva destes homens, daquilo que os anima, lhes insufla a força de conservar seu ideal, apesar de inúmeros malogros. A religiosidade cósmica prodigaliza tais forças. Um contemporâneo declarava, não sem razão, que em nossa época, instalada no materialismo, reconhece-se nos sábios escrupulosamente honestos os únicos espíritos profundamente religiosos. (EINSTEIN, 1931).

Com as afirmações emocionantes acima, contempla-se a religiosidade e a sua contribuição espiritual para aquele que é considerado o maior cientista do século XX, e que é erroneamente direcionado como ateu, pelo simples fato de não possui uma religião específica.

Há também quem diga que a religião provém da fantasia viva e irrefletida dos primitivos, ou do apetite ilusório da felicidade completa (Strauss, Stuart Mill, Ziegler), ou de uma perturbação nervosa, de um estado psicológico doentio da psique humana (Lombroso, Janet) (WILGES, 1989, p. 17). Contudo, seria dedutível então que a humanidade inteira é um hospital de doentes nervosos. A fantasia, por si só, também não explica a universalidade do fenômeno religioso, nem seria razoável admitir que a humanidade, depois de todos os progressos técnicos, ainda vive na mesma ilusão de felicidade.

A religião, sendo uma forma de interpretar o mundo, geralmente afirma que o homem foi criado por um ser superior que, no caso do cristianismo, é a sua própria imagem e semelhança; o espiritismo, não tão diferente, segue o raciocínio de que ao homem animal lhe foi enxertado uma alma, tornando o ser animal em ser espiritual, ou, da mesma forma, dando vida animal ao ser espiritual; a ciência, contrariamente, visa explicar através de comprovações científicas, a origem do homem, notadamente com a teoria do evolucionismo, mas também é limitada, na visão das demais correntes, por não poder dar sentido à vida; a filosofia, por sua vez, possui várias reflexões acerca disso, motivo da existência da metafísica, que em seu bojo possui referências ao livre-arbítrio, à sabedoria (valor, ligado ao Uno) contraposta ao conhecimento (relação cognocente entre homem e matéria - Verso). A filosofia, no âmbito da metafísica, busca antes de tudo, a inquietação, a reformulação permanente e multiplicação das vias de abordagem dos problemas, com o suporte imprescindível da sabedoria e da razão humana.

A Religião possui enorme pertinência temática para a área do Direito. Tanto é que, de acordo com Durkheim (2009, p. 59), reconhece-se hoje que, o Direito, a moral e o próprio pensamento científico nasceram na religião, sendo ainda que durante muito tempo confundiram-se com ela e permaneceram perpetrados de seu espírito. Para Santos Junior

(2013, p. 7), a Religião e o Direito tiveram, durante séculos, uma relação bastante estreita. Além disso, a secularização e a laicização não dissociou completamente o Direito e a Religião. Mesmo no mundo ocidental, os vestígios religiosos na formação do direito estão presentes. Fora do mundo ocidental, encontra-se em algumas sociedades atuais a identificação entre o direito positivo e a religião, como ocorre nos países muçulmanos que regulam a vida social com base na *Sharia*.¹²

Apenas como exemplificação para o seu papel na origem dos Direitos Humanos, é que, a partir da pregação, sobre o princípio da igualdade, de *Paulo de Tarso*,¹³ passou a ser superada a ideia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro. O Evangelho demonstra em várias passagens o inconformismo de Jesus Cristo com essa concepção nacionalista da religião. *São Paulo* afirmara que, diante da comum filiação divina, “já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher”, pois todos são iguais perante Deus. De acordo com *Juarez Altafin*, a partir da *Epístola de São Paulo aos Romanos*, onde preceitua-se que “o poder público foi instituído por Deus”, *São Tomás de Aquino* teorizou que “[...] o poder político se acha afeto a um bem determinado, que é a realização da justiça, de acordo com os princípios revelados por Deus.” (ALTAFIN, 2007, p. 2).

¹² *Sharia*, ou *Charia*, é o nome que se dá ao Direito Islâmico. Em várias sociedades islâmicas, ao contrário da maioria das sociedades ocidentais, não há separação entre a religião e o direito, todas as leis sendo religiosas e baseadas nas escrituras sagradas ou nas opiniões de líde. Neste sistema de Direito, o Corão é a maior fonte de jurisprudência.

¹³ Verdadeiro fundador da religião cristã enquanto corpo doutrinário, e personagem muitas vezes subestimado pela sua influência ao jusnaturalismo e aos direitos humanos.

2.1.1.2 Breves reflexões sobre a existência de um Ser Supremo e a consciência metafísica

Uma das definições da religião, em sentido real objetivo, é o conjunto de crenças, leis e ritos que visam um poder que o homem, atualmente, considera Supremo, do qual se julga dependente, com o qual pode entrar em relação pessoal e do qual pode obter favores. Em sentido real subjetivo, é o reconhecimento pelo homem de sua dependência de um Ser Supremo pessoal, pela aceitação de várias crenças e observância de várias leis e ritos atinentes a este Ser (WILGES, 1989, p. 11).

Apesar de não haver perfeita relevância temática, é muito interessante o debate religioso e filosófico acerca da existência de Deus. Para demonstrá-la, superficialmente, apresenta-se aqui apenas alguns de seus principais argumentos.

Um viés que parece bem interessante, já após as postulações de *Santo Agostinho* e *São Tomás de Aquino*,¹⁴ é de *Baruch de Spinoza*, que explica a razão da existência de Deus pelo fato de que para cada coisa que existe, deve-se indicar a causa, caso contrário, não existindo, deve-se indicar a causa para que ela não exista. Poder não existir é impotência e poder existir é potência. Logo, ou não existe nada ou um ente absolutamente infinito também existe necessariamente (SPINOZA, 2010, p. 31-35). Pois bem, tentar provar uma negativa neste caso seria uma má utilização da metodologia científica, pois beira o impossível.

¹⁴ Vale conferir as cinco provas (*Quinque Viae*) da existência de Deus de Aquino na *Suma Teológica* (Séc. XIII), onde ele utiliza, inclusive, inúmeras concepções trazidas há quase um milênio antes, por Aristóteles, como a compreensão do “motor imóvel primário”, que se desdobra nas duas primeiras provas, do motor primário (*ex motu*) e da causa primária (*ex causa*). Outro argumento utilizado, muito interessante, é o teológico, o qual consiste na necessidade da existência de um ser inteligente superior que defina o fim de todas as coisas naturais, já que os seres que não possuem inteligência (e.g. corpos naturais) agem para uma determinada finalidade e atingem quase sempre o melhor resultado possível. Algumas de suas provas foram criticadas ao longo dos séculos, como por exemplo as críticas de David Hume e Immanuel Kant ao argumento cosmológico (da causa primária - *ex causa*). Além dos três mencionados, há também o argumento da contingência (*ex contingentia*) e do grau de perfeição (*ex gradu*) (AQUINO, 1947).

Outro filósofo muito importante sobre a questão da existência de um Ser Supremo, *George Berkeley*, afirma que a prova de Deus está no fato de que, apesar de possuímos poder sobre os nossos próprios pensamentos, as idéias que advém da percepção não dependem da vontade. Em outras palavras, quando abrimos os olhos, não escolhemos o que queremos enxergar, ou quais os objetos devem se apresentar a nossa frente. O mesmo ocorre com a audição e os demais sentidos, tais idéias não são “criações”¹⁵ da nossa Vontade. Existe, portanto, uma outra Vontade ou Espírito que as produz (BERKELEY, 2002, p. 19).

Em meados do séc. IV a.C., o “príncipe da filosofia” – e da metafísica, especificadamente – *Aristóteles*, chama de Divindade a “Infinita Atividade”, ou o “Grande Todo”. Em suas palavras, segundo *Rohden*: “Deus é ato puro. Deus é pura atividade. Ele não é passividade nenhuma. É absoluta e infinita atividade, vibração”.¹⁶

A atividade é uma coisa interna, e não externa, ou seja, quer dizer consciência. Esta consciência não é aquela denominada de ética, mas sim aquela denominada de consciência metafísica, ou auto-consciência. Em inglês, alemão e demais línguas há uma palavra própria para consciência metafísica e uma palavra para consciência ética: Em inglês, *consciousness* (metafísica) e *conscious* (ética); em alemão, *Bewusst'sein* (metafísica) e *Bewusst* (ética) (ROHDEN, 1977, p. 25).¹⁷

O alto grau de consciência metafísica é denominado de auto-realização, muito comum em religiões orientais como Budismo (*Sthaviravada* e *Mahāyāna*), *Hinduismo* – considerada por alguns a religião mais completa

¹⁵ O autor utiliza o termo, no inglês, “create”, mas a tradução etimológica e teleológica não condiz com a tradução literal da palavra no português, “criar”, que é um neologismo inventado no Brasil. Acontece que o idioma brasileiro, ao contrário dos demais, não possui uma tradução satisfatória do termo derivado do latim, “*creare*”. “Criar” é a manifestação da Essência em forma de existência - criar é a transição de uma existência para outra existência. Quando se diz que um fazendeiro é criador de gado, não significa que ele é quem “deu vida” ao gado. A conhecida lei de Lavoisier diz que “na natureza nada se crea e nada se aniquila, tudo se transforma”, esta lei está certa se grafarmos “nada se crea”, mas se escrevermos “nada se cria”, ela resulta totalmente falsa.

¹⁶ Cf. Rohden (1977, p. 25).

¹⁷ Questão etimológica também encontrada em Feuerbach (2007, p. 35).

do mundo –, *Taoísmo*, *Sikhismo* (os seres humanos estão separados de Deus devido ao egocentrismo que os caracteriza¹⁸), geralmente buscadas mediante uma vasta quantidade de práticas de meditação. Tais filosofias foram implantadas nas últimas décadas no ocidente com doutrinadores como *Jiddu Krishnamurti* e *Bhagwan Shree Rajneesh (Osho)*.

Com a filosofia *Socrática*, a metafísica ressalta a imortalidade da alma. Naturalmente, uma “*creatura*” que alterou sua moralidade para melhor, com o propósito que é conhecido para si, poderá esperar uma continuidade ininterrupta do mesmo, enquanto durar sua existência, inclusive além da vida (ROHDEN, 1977, p. 25). *Kant* (1788, p. 77) enfatiza: “[...] uma pessoa consciente [metafísica] que perseverou por grande parte da sua vida para progredir [evoluir], permanecerá com os mesmos princípios em sua existência além desta vida.” Segundo *David*, para *Kant*, a consciência seria um tribunal presidido por uma razão soberana e universal. Deus e a vida futura são inseparáveis dessa razão (DAVID, 2003, p. 12).

Segundo ele, todos os homens são seres racionais, por isso, é necessário orientar-se e viver pela razão. Não se deve ir contra ela, mesmo que todos ajam diferentemente. A diferença do homem ao resto da natureza é a racionalidade. Homens só são homens à medida que agem racionalmente. A razão prática manifesta-se na vontade, então deve-se agir de acordo com a boa vontade e construí-la em si. Essa vontade não deve ser boa como meio para outra intenção, mas boa em si mesma (SIDEKUM, 2011, p. 323). Essa vontade boa em si mesma caracteriza o imperativo categórico kantiano.

Já para *Feuerbach* (2007, p. 44-45), a consciência de Deus é a consciência que o homem tem de si mesmo, e o conhecimento de Deus é o conhecimento que o homem tem de si mesmo. Explica:

¹⁸ É evidente aqui a relação entre o egocentrismo e a consciência metafísica, já que esta significa abraçar o “eu” e suplantá-lo “ego”.

Mas ao ser a religião, a consciência de Deus, definida como a consciência que o homem tem de si mesmo, não deve ser aqui entendido como se o homem religioso fosse diretamente consciente de si, que a sua consciência de Deus é a consciência que tem da sua própria essência peculiar da religião. Para sanar este mal-entendido é melhor dizer: a religião é a consciência primeira e indireta que o homem tem de si mesmo. Por isso em toda parte a religião precede à filosofia, tanto na história da humanidade quanto na história do indivíduo. O homem transporta primeiramente a sua essência para fora de si antes de encontrá-la dentro de si.

[...]

A nossa intenção é exatamente provar que a oposição entre o divino e o humano é apenas ilusória, i.e., nada mais é do que a oposição entre a essência humana e o indivíduo humano, que conseqüentemente também o objeto e o conteúdo da religião cristã é inteiramente humano.

Observa-se, nas noções de *Feuerbach*,¹⁹ que o homem é um ser essencialmente comunitário, um ser em relação. A condição necessária da existência enquanto ser consciente de si mesmo é a comunidade, a chave da essência humana. Nesta concepção de interdependência, o ser pode, além de pensar, se fazer objeto de si mesmo. E na medida em que toma consciência de si, o homem também adquire consciência do mundo exterior. Esses são os pilares que sustentam o processo de constituição da consciência e permitem ao homem desvendar a sua essência ainda desconhecida.

Podemos inserir brevemente o elo de convergência entre o pensamento intersubjetivo com a transcendência histórica. *Feuerbach*, assim como *Ernst Bloch*, embora sejam de épocas diferentes, fazem uma leitura imamentista do homem e da transcendência. Ambos os autores reconhecem que a relação do homem com o mundo, ao contrário do

¹⁹ *Feuerbach quis, primeiramente, dar a seu livro, "A essência do cristianismo", o título "Conhece-te a ti mesmo", pois seu pensamento quis deixar à humanidade a necessidade de superar a alienação religiosa e mostrar em que ela consiste. Apenas assim, com a emancipação da consciência, o homem irá reencontrar completa e definitivamente o seu ser primeiro, não alienado (HAHN, 2003, p. 138).*

animal, é problemática. Nas palavras de *Camus*, “o homem é a única criatura que se recusa a ser o que é” (HAWN, 2003, p. 149).

Inobstante, segundo *Hume*, apesar de todas estas questões (quem sou eu; onde estou; o que me faz existir e para qual condição irei após morrer; quem devo venerar e quem devo odiar; o que existe ao meu redor) a própria natureza humana também nos cura de uma melancolia e frênesi filosófico, reduzindo a intensidade dos pensamentos da consciência metafísica mediante passatempos que apagam estas quimeras. Para *Hume* (1740, p. 147), quando refletimos sobre tais questões, em um primeiro momento, parecem frias e ridículas, mas isso ocorre apenas em um primeiro momento.

Isso porque essas questões fazem parte da condição humana. *Carl Jung* afirmara categoricamente, baseado em sua prática analítica, “Os seres humanos têm uma necessidade religiosa ingênita”. Da mesma forma, a polarização política e religiosa do século XX mudou a pergunta de *Dostoiévski*, de “O homem civilizado pode crer?” para “O homem incrédulo pode ser civilizado?” E *André Malraux* sentencia, em sua frase mais célebre, que o século XI será religioso, ou simplesmente não haverá século XXI (SMITH, 2001, p. 127).

2.1.1.3 A Religião como forma de conhecimento

As cinco mais relevantes manifestações dos modos de conhecer são: o *Mito*, a *Religião*, a *Filosofia*, o *Senso comum* e a *Ciência*. Cada forma de conhecimento, na medida do possível, complementa ou se sobrepõe à outra. Neste trabalho são mais relevantes as três primeiras.

O *Mito*, como forma de conhecimento, desempenhava na antiguidade o papel de *Ciência*, *Teologia* e *Filosofia*. Essa modalidade lança metáforas para transmitir seus conteúdos implícitos e, portanto, decifrá-los demanda frequentemente um grande esforço de interpretação.

Aparentemente não guarda relação com a realidade histórica, mas pode contar fatos históricos de uma forma diferente, podendo até, como uma fábula ou lenda, ter algum sentido de verdade. A *Religião*, como forma de conhecimento, proporciona conforto e veicula um rígido sistema de padrões morais a serem observados, além de servir de auxílio à realidade física, adversa e inexplicável. A *Filosofia* é uma forma de reflexão crítica diante dos objetos, de ordem suprassensível, ou seja, ultrapassa a experiência, caminhando no mundo das ideias. Para a filosofia, não basta conhecer somente o funcionamento das coisas, mas o significado delas na ordem geral do mundo (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2009, p. 31).

Uma ótica muito interessante, é que, para *Sócrates* e *Platão*, o processo de conhecimento está representado pela passagem das sombras e imagens turvas ao luminoso universo das ideias (mito da caverna). Tudo aquilo que não pode ser visto claramente no plano da sensibilidade acaba se transformando em objeto de crença a partir do momento em que temos condição de percebê-lo com nitidez (PLATÃO, 2014).

Para o dogmatismo,²⁰ o problema do conhecimento não é levantado, ou seja, não é considerado um problema. O dogmático não vê que o conhecimento é uma relação entre sujeito e objeto. No período inicial da filosofia grega, os pensadores pré-socráticos, não percebiam o conhecimento como problema, sendo que o modo contrário somente foi levantado com os sofistas, que consideram o dogmatismo impossível no campo da filosofia. A partir deles, todos os filósofos, de certo modo, levantam reflexões sobre o conhecimento (HESSEN, 2000, p. 29-30).

Inobstante, em todas as manifestações dos modos de conhecer, busca-se sempre, como fim último, alguma forma de “Verdade”.

Verdade pode ser entendido como um atributo de uma posição de caráter lógico cujo oposto seria a *falsidade*. Também pode ser um dado

²⁰ Do grego *dogma*, doutrina estabelecida.

inquestionável (não se deve confundir com dogma), e seu oposto seria a *ilusão*, o *irreal*, a *mentira* (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009, p. 11).²¹

Ora, a ciência moderna, ao dizer que verdade é tudo aquilo que pode ser comprovado pela experiência, acaba construindo a ideia de que a verdade está na realidade, o que seria equivocado pela ótica, por exemplo, da metafísica. Portanto, as hipóteses iniciais e a singularidade de cada pesquisador não condicionariam a experiência, comprometendo-a de algum modo? O homem da ciência não estaria também sujeito aos equívocos que afetam todos aqueles que falam e escrevem? Isso significa que uma teoria, por melhor embasada que seja, nunca poderá, por si só, oferecer ao homem um saber total e completo de si próprio (DAVID, 2003, p. 17).

Por questão de método, não será levado adiante a questão da Verdade, o que, por si só, seria um objeto profundo o suficiente para um trabalho completo sobre ela. Vale ressaltar, no entanto, sobre este tema, que toda atenção é pouca.

2.1.2 Os Elementos da religião

A prática religiosa conhece no exercício de atos de culto um dos seus elementos fundamentais: onde há religião haverá necessariamente culto, sendo o culto um elemento essencial da liberdade religiosa. Com isso, surge a necessidade de proteção dos direitos a comemorar publicamente as festividades da própria religião, feriados religiosos, bem como a liberdade de construção de templos (ADRAGÃO, 2002, p. 19).

Conforme *Durkheim* (2009, p. 10-12), deveriam encontrar-se os elementos essenciais do pensamento religioso no que ele chama de religiões “primitivas”. O sistema religioso é primitivo quando: 1) se encontra em sociedades cuja organização não é ultrapassada por nenhuma outra

²¹ *Freud*, que era obstinado pela verdade, gostava de dizer que toda verdade é limitada, não existe a verdade cem por cento, assim como não existe álcool cem por cento (DAVID, 2003, p. 16).

em simplicidade; 2) que seja possível explicá-lo sem fazer intervir nenhum modelo tomado de uma religião anterior.

Para o autor, a compreensão do fenômeno religioso deve ser feita a partir da investigação das formas mais simples de manifestação religiosa, fundamentada na dupla premissa metodológica: 1) De inspiração cartesiana, consiste em que se conheça algo, é preciso “desmontá-lo”, reduzindo-o a seus elementos fundamentais, ou seja, analisá-lo, decompô-lo, e depois reconstruí-lo; 2) Deve haver a precedência das coisas simples, para após seja partido às complexas, pois a formação mais simples facilita a investigação, na medida em que é constituída apenas pelos elementos realmente essenciais (DURKHEIN, 2009, p. 10-12).

Para o autor, é possível identificar ao menos duas vertentes distintas, que procuram definir a religião a partir de aspectos que não poderiam ser aceitos como elementares.

No primeiro grupo estão autores como Spencer e Max Müller, compartilhando a ideia de que a religião é algo de sobrenatural, e diz respeito a uma ordem de coisas que ultrapassam o alcance de nosso entendimento, ou seja, uma espécie de especulação sobre tudo que escapa à ciência e ao pensamento claro. No entanto, Durkheim refuta a ideia de religião como algo universal, pois aos crentes das religiões mais elementares não aparece como algo misterioso, mas algo totalmente natural e inteligível (WEISS, 2012, p. 103).

A segunda corrente apoia-se em argumentos que afirmam que inclusive em grandes religiões, como é o caso do budismo, que não foram edificadas sobre uma ideia de divindade (WEISS, 2012, p. 103).

Para desmontar e compreender os elementos dos fenômenos que constituem a religião, identifica-se inicialmente as crenças e os ritos. Os primeiros são definidos como estados de opinião que consistem em representações, enquanto os segundos são modos de ação determinados (WEISS, 2012, p. 104).

Para Durkheim (2009, p. 24), as crenças são “[...] representações que exprimem a natureza das coisas sagradas e a relação que elas mantêm, seja entre si, seja com as coisas profanas.” Os ritos são “[...] regras de conduta prescrevem como o homem deve comportar-se com as coisas sagradas.” O rito e a crença, articulados de forma sistemática, constituem uma religião.

O autor ainda afirma que, a existência de crenças e ritos, apesar de necessária, não é o suficiente para caracterizar qualquer forma de religião, já que os mesmos elementos se encontram na magia. Deste modo, para diferenciar a religião, adiciona-se o elemento “igreja”, eis que não há vida religiosa sem igreja, de acordo com o sociólogo. Enquanto a religião só existe quando seus membros unidos formam uma igreja, uma unidade moral consistente, a magia não serve de base para a formação de tal coletividade (DURKHEIM, 2009, p. 26).

Estabelece, o sociólogo, uma ruptura entre as correntes interpretativas existentes até então, o animismo, teorizado por Edward Burnett Tylor e Herbert Spencer, e o naturismo, com Max Müller (1856, *Oxford Essays*) e Adalbert Kuhn (1859, *Origem do fogo e da bebida divina*) como principais expoentes. Para o animismo, o culto religioso teria sido originado pelo culto aos espíritos, ao passo que para o naturismo, a origem se deve ao culto da natureza (DURKHEIM, 2009, p. 34-35, 62-63).

Em sua perspectiva, se a teoria animista fosse verdadeira, seria preciso admitir que as crenças religiosas não passam de representações alucinatórias sem nenhum fundamento objetivo. Contudo, a religião deve estar fundada na natureza das coisas, e corresponder a algo real, não podendo se admitir, portanto, que a sua origem seja explicada como produto de um delírio (DURKHEIM, 2009, p. 58-59).

Embora essa diferença entre as correntes, Durkheim defende que ambas se parecem. Em sua opinião, tanto para uns como para outros, é na natureza, seja do homem ou do universo, que se deveria buscar o germe da grande oposição que separa o profano do sagrado. Ambas empreendem

construir a noção do divino com sensações que certos fenômenos naturais, físicos ou biológicos, despertam no homem. Para os animistas, o sonho, e para os naturistas, certas manifestações cósmicas é que teriam sido o ponto de partida da evolução religiosa (DURKHEIM, 2009, p. 81).

Para um estudo mais aprofundado, Durkheim propõe justamente a investigação a fundo do problema da investigação do sagrado, para que se identifique a realidade objetiva por trás desses supostos delírios, e para tanto, deve-se buscar um fenômeno religioso ainda mais elementar que nas duas correntes. Para ele, esse fenômeno mais elementar é o totemismo, e por isso se esforça a investigar, a partir de dados etnográficos, as religiões totêmicas de seu tempo, e o totemismo australiano em particular, por ser considerada a forma mais simples dessa configuração (WEISS, 2012, p. 109).

Assim, em as formas elementares da vida religiosa, os dois últimos livros, II e III, são relacionadas à explicação das crenças e dos ritos, respectivamente, o que não é pertinente na presente pesquisa.

É importante, ainda, deixar claro que a religião não se limita a apenas crenças relativas aos deuses, sendo politeísta, ou a um Deus, caso seja monoteísta. Existem grandes religiões em que a ideia de deuses e espíritos está ausente ou, ao menos, desempenha um papel secundário e apagado. É o caso do budismo, que se apresenta em oposição ao bramanismo, como uma moral sem deus e um ateísmo sem Natureza. Ele não reconhece um deus do qual o homem dependa, sua doutrina é absolutamente atéia, ou seja, é uma religião sem Deus. O budismo consiste essencialmente no que os fiéis chamam de “as quatro nobres verdades”, como forma de chegar à libertação e à salvação pelo Nirvana (DURKHEIM, 2009, p. 12-13).

O budista não se preocupa em saber de onde vem esse mundo em que ele vive e sofre. Toma-o como um fato e todo o seu esforço está em evadir-se dele. Para esta obra de salvação, ele só pode contar consigo mesmo, não havendo deus para agradecer ou auxiliá-lo. Isso não significa que negue a existência dessas entidades, como por exemplo os seres

chamados *Indra, Agni, Varuna*, mas julga que não lhes deve nada e não precisa deles, pois o poder desses seres só pode estender-se sobre os bens deste mundo, os quais, para o budista, não possuem valor. Inclusive, mesmo se existissem e estivessem investidos de algum poder, o libertado julga-se superior a eles, pois o que faz a dignidade dos seres não é a extensão da ação que exercem sobre as coisas, mas exclusivamente o grau de seu avanço no caminho da salvação (DURKHEIM, 2009, p. 13).

Dalai Lama, ao ser perguntado sobre a possibilidade de integração do Cristianismo e Budismo no Ocidente, define a importância de haver uma variedade de religiões e filosofias, sendo que o que deve valer é o propósito, e não os credos, considerando que a grande maioria busca a felicidade permanente através do crescimento espiritual, e que assim como gosto para comida, existe gosto para religião (LAMA, 2012, p. 660). Por tais razões, justifica-se a relevância do pluralismo cultural no âmbito da religião.

2.1.3 A inter-religiosidade e a religião cristã como atividade colonizadora

É incontestável que uma sociedade que acolhe em seu seio uma variedade significativa de culturas distintas produzirá, também, um maior número de formas de ver a vida e isso faz com que as culturas divirjam entre si. E, nessa linha de pensamento, adverte-se que nenhuma cultura ou tradição específica pode presumir ser a única certa, relativizando as outras realidades culturais para estabelecer seu próprio império de valores (LUCAS, 2010, p. 229-230).

Nessa concepção, o fundamento dos direitos humanos numa sociedade multicultural não deve ser tomado a partir de uma forma cultural predominante em determinado local, mas antes necessita vincular-se uma identidade política comum compartilhada por todos os seus cidadãos. Logo, o papel do Estado é garantir com amplitude liberdade

e autonomia a todos os cidadãos para que dirijam suas vidas conforme suas escolhas culturais, não devendo se ocupar da institucionalização de formas culturais, pois quando transmudadas em normas obrigatórias a todos, tolhem a capacidade de escolha do indivíduo e comprometem seriamente o intercâmbio cultural (LUCAS, 2010, p. 246-247).

As religiões muitas vezes possuem função nuclear nas guerras entre os homens. A religião cristã (especialmente a ramificação da Igreja Católica), como é notório, teve um papel muito grande nas atividades colonizadoras durante, no mínimo, um milênio. Tal papel atingiu seu auge durante as Cruzadas (“Invasões Francas”) entre os séculos XI e XIII.

Raúl Fornet-Betancourt narra de forma excelente um exemplo das atividades colonizadoras na qual a força da Igreja Católica provocou muito sangue e ódio, em seu livro *Religião e Interculturalidade*.

Os *náhuatl*s (ou náuatles, povos indígenas que se originaram no México em cerca de 500 D.C., como os aztecas), no resultado às discussões sustentadas pelos primeiros doze missionários franciscanos (cf. *Los colloquios y doctrina cristiana*, 1524), mostraram-se perturbados com as afirmações de que seus deuses não eram verdadeiros. Eis que seus progenitores lhes deram suas normas de vida, a doutrina de que os deuses lhe dão o sustento, e a eles pediam água, chuva. Sabiam portanto, na cultura deles, a quem se deve a vida, o nascer, o crescer, como se deve invocar e rogar (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 19).

O cristianismo apresenta-se ao crente *náhuatl* como uma religião que destrói sua própria tradição, lhe impõe novas referências religiosas sem vínculo algum com as suas. Ele vê o cristianismo como uma religião cuja aceitação implica um completo deslocamento e desestruturação ritual, cúltica e simbólica, razão pela qual se vê perturbado e molestado (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 20).

A réplica do sábio mexica como forma de tentar frear a “agressão” cristã dá fulcro ao diálogo entre sujeitos com distintas confissões religiosas,

haja vista a tentativa de libertação da mania agressiva e opressiva de querer sempre converter o outro (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 21).

Conforme os testemunhos à tradição religiosa e profética maia recolhida no *Chilam Balam de Chumayel*, o mais importante documento redigido pelos sábios maias no marco da invasão espanhola de Yucatán, o cristianismo chegou com seu “verdadeiro deus” e foi o princípio da miséria, da discórdia oculta, das brigas com armas de fogo, atropelos, despojos de tudo, escravidão pelas dívidas, rixas e padecimento; eles (os cristãos) ensinaram o medo, acabaram com o Alto Conhecimento, a Sagrada Linguagem e o Divino Ensino. Os estrangeiros vieram para “castrar o sol”, de acordo com o referido documento (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 23-25).

Insiste então o profeta *Chilam Balam*, na idéia de que o cristianismo não dialoga, mas acaba com toda uma ordem religiosa. O cristianismo revela-se como expansão atropeladora de um sistema de crenças que rechaça todo diálogo e toda possibilidade de convivência com outras religiões (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 25). Para estes ameríndios, o cristianismo não oferece um horizonte de esperança nem de salvação, mas é associada de maneira direta e espontânea com o começo de um tempo marcado pela morte.

As civilizações acima descritas previam a volta de seus deuses e a derrocada dos povos cristãos. Além deles, os quêchuas (cf. *Cristóbal de Molina, Relación de Fábulas y Ritos de los Incas*, 1574) insinuavam que seus deuses (guacas) voltarão e os espanhóis, juntamente com seu deus, seriam vencidos, mortos, e suas cidades inundadas, afogadas pelo mar, a serem esquecidas (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 26).

Os quêchuas expressam o sentimento que o cristianismo provoca uma inversão da história de seu mundo, que só poderia ser corrigida com a ajuda e a intervenção direta de seus antigos deuses andinos (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 27).

A religião cristã, neste aspecto, demonstrou-se pouco acostumada ao diálogo e desenvolveu uma forma própria e específica da atividade colonizadora e imperial no interior da política da prepotente expansão dos imperialismos ocidentais.

O diálogo inter-religioso não é proselitismo unilateral, e nem mesmo é sincretismo religioso. Devem ser respeitadas as diferenças culturais e religiosas no seio de uma sociedade (multiculturalismo) e também entre povos diferentes (interculturalidade). Para tanto, é necessário que os indivíduos que adotam crenças distintas eventualmente antagônicas compreendam a liberdade de consciência como um valor comum, que lhes garante a preservação da própria identidade cultural (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 20).

2.1.4 A (in)tolerância religiosa

Para entendermos o que significa intolerância religiosa, a questão deve ser precedida pelo conceito de tolerância. A tolerância significa aceitar o fato de que todos os seres humanos, em suas diversidades e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são, não devendo ninguém impor sua opinião a outrem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995). Segundo o art. 1º da Declaração de Princípios sobre a Tolerância (ONU, 1995), a tolerância é:

[...] o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui

para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.
(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995).

A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro, devendo ser praticada por indivíduos, pelos grupos e pelo Estado. É também o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo, da democracia e do Estado de Direito. Implica, inobstante, na rejeição do dogmatismo e do absolutismo. A sua prática implica que toda pessoa tem livre arbítrio ao escolher suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995).

O dia 16 de novembro, por ser a data em que foi proclamada a referida Declaração, é reconhecida pela própria como o dia internacional da tolerância.

No *Brasil*, opera-se em termos de compatibilização interreligioso, na medida em que as diferentes crenças agem de forma tranquila e ocupam cada uma o seu espaço.

Da mesma forma, pode-se dar o exemplo do *Uruguai*, onde nos dias 28 e 29 de abril de 2009, o Conselho Latino Americano de Igrejas (CLAI), promoveu no anexo do Senado a reunião das lideranças da grande maioria dos segmentos religiosos montevidéanos, que buscaram sistematizar propostas de redução da intolerância religiosa e fornecer ao estado uruguaio algumas diretrizes e valores que permitam a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. De forma contrária ocorre na *Argentina*, onde o Estado se declara constitucionalmente católico, conforme o art. 2º da CF: “*El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*”, talvez o motivo de esse país possuir 76,5% da população declarada católica (MEIRELLES, 2012, p. 310-311).

Na *Argentina*, observa-se a imposição de valores fora do campo político, enquanto no *Uruguai*, semelhantemente ao visto na *Argentina*, notam-se identidades políticas bastante estáveis que se caracterizam por

distinções políticas e ideológicas explicitamente laicas que demarcam de forma clara uma oposição entre o projeto iluminista radical e outro ligado a valores religiosos católicos (MEIRELLES, 2012, p. 314).

A condição insuperável da finitude faz uma ilusão impossível. Na religião e em qualquer outra área de experiência do conhecimento, cada um está obrigado ao exercício ou para a práxis da tolerância, que é também exercício, de consulta e de escuta do outro. Essa finitude também é vigente a nível cultural, ou seja, é importante que se reconheça a finitude das culturas. É certo que toda cultura desenvolva seus sistemas tradicionais para tudo o que resulta familiar e compreensível no interior desta cultura (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 12). Ainda que a cultura possa prover ao ser humano que nela nasce, um horizonte com sentido, a condição de finitude não é suprimida.

Com esse entendimento da tolerância, remete-se, por fim, à Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 25 de novembro de 1981, que em seu art. 2º, § 2º, entende-se por intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções: “[...] toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”

Segundo *Lucas* (2010, p. 91), pelo fato de cada país ter a sua historicidade, a sociedade global é um mosaico de diferenças no tangente à capacidade, limites e expectativas acerca dos processos de emancipação e desenvolvimento em cada cultura. Portanto, é essencial organizar e sistematizar as diferenças entre as culturas na fundamentação dos direitos humanos, sem comprometer ou esgotar o diálogo entre tais diferenças em escala mundial.

Para *Silveira* (2007, p. 108-109), é a partir do diálogo que pode se perceber o aspecto positivo da tolerância, que não se coaduna com a apatia, frieza e indiferença presentes nas sociedades modernas e se compatibiliza com a política do reconhecimento, pois, conforme pode ser visto na concepção que autora apresenta de *Shorten*, por exemplo: dizer que eu achei um jogo, um livro ou uma refeição tolerável não significa que eu gostei deles, mas que eu suportei, ou que eu acolhi, ou que simplesmente tive o poder de engolir.

O diálogo intercultural propicia que se encontre nos diferentes culturais traços de humanidade que dizem respeito à existência digna do homem, sem que dependam da nação, religião, crença, etnia ou qualquer vínculo particular, e são ditos universais não porque impõem valores de uma cultura sobre outra, mas porque consubstanciam-se em atributos humanos comuns a qualquer existência individual e necessários à convivência pacífica (LUCAS, 2010, p. 253).

2.1.5 O suporte moral da religião nas culturas ocidentais e orientais

Conforme o estudo de *Weber*, algumas doutrinas religiosas exercem um efeito acelerador sobre a racionalização da vida econômica, enquanto outras exercem o efeito oposto. O procedimento de seu estudo possui três fases, verificando em cada, um dos seguintes temas: 1. O efeito das idéias religiosas importantes sobre a ética secular e a conduta econômica do crente médio; 2. O efeito da formação de grupos sobre as idéias religiosas; 3. A determinação das características distintivas do Ocidente através de uma comparação das causas e consequências das crenças religiosas em civilizações diferentes (BENDIX, 1986, p. 90).

Deste modo, contrapondo o Oriente com o Ocidente, *Weber* identifica e explica as singularidades do desenvolvimento histórico do Ocidente, comparando a intelectualidade brâmane e a confuciana, a

profecia na Grécia Antiga e na civilização judaica, a ética secular em religiões como o *Taoismo*, *Budismo*, *Hinduismo*, *Puritanismo* e *Confucionismo*. Há, no entanto, problemas universais que se materializam de forma peculiar nas diferentes sociedades (BENDIX, 1986, p. 90 e ss.).

Pelas avaliações de *Weber*, a religião influi até mesmo no modo de produção econômica adotado por cada sociedade. A importância da religião como impulsionadora de comportamentos econômicos foi afirmada, em sua obra *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, como “[...] um dos elementos componentes do espírito capitalista, e não só deste, mas da própria cultura moderna.” Inclusive, a ideia de profissão como vocação, nasceu do espírito da ascese cristã (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 15).

Verifica-se que as religiões orientais, como por exemplo o *Sikhismo*, não veem qualquer valor a bens materiais e possuem fortes influências na consciência ética do povo, o que as diferenciam das religiões ocidentais, pois estas, apesar de também condenarem o materialismo em sua maior parte, não influencia de forma efetiva a consciência ética nos objetivos de vida de seus cidadãos, com exceção das religiões pentecostais.

Já que está sendo trabalhada aqui a religião como o acompanhamento de um viés mais filosófico, vale mencionar que, no ocidente, durante a Idade Média, a filosofia era serva da teologia. Elas foram companheiras durante toda a Idade Média e o cristianismo é o confluente de dois rios, Atenas e Jerusalém. Deus permaneceu como o personagem central dos grandes sistemas metafísicos modernos até *Hegel*. Para *Huston Smith*, é em *Hegel* onde temos a última filosofia teísta importante até a pós-modernidade, já que, apesar do idealismo alemão e o romantismo do século XIX, o positivismo lógico banuiu os dois, liberando o avanço da cosmologia científica. Por outro lado, fora do mundo ocidental, ainda hoje mal podem ser separadas a filosofia e a teologia (e.g. *Confucionismo*) (SMITH, 2001, p. 80).

2.1.6 O futuro da religião e o problema da secularização

O tema sobre o futuro da religião é importante, porque, ao tomar como exemplo no Brasil, o número de indivíduos sem religião tem aumentado de forma considerável, segundo os dados do IBGE no Censo de 2010, que já superou hoje os 10% da população, em comparação a 0,2% em 1940, 0,8% em 1970, 7,3% em 2000 e 8,0% em 2010 (LIMA, 2014).

Isso varia, no entanto, de cada lugar. Na China, ao contrário do que ocorreu no Brasil, mesmo com as restrições às religiões impostas pelo governo, o número de cristãos vem subindo de forma muito significativa, onde o próprio governo estima que de 1997 a 2006, o número saltou de 14 milhões para 21 milhões de cristãos chineses. Não obstante, o número provavelmente de cristãos na China é muito maior, dado que as entidades governamentais chinesas economizam nos números quando dimensionam o impacto de manifestações culturais que não se coadunam com a ideologia oficial. Alguns falam de algo em torno de 65 milhões de cristãos protestantes e 12 milhões de católicos (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 12).

“A previsão é muito difícil, especialmente quando se refere ao futuro”, já disse *Niels Bohr* em sua famosa frase. Na questão da religião não é diferente, pode-se antecipar, entretanto, dois possíveis cenários, um que o futuro da religião parece brilhante, praticamente assegurado, enquanto outro que pode arrasar a religião para sempre (SMITH, 2001, p. 119). O primeiro merece ser denominado previsão religiosa, e o segundo, de previsão secular.

O cenário negativo, sob a ótica religiosa, inicia com a diminuição da urgência do debate, o território comum entre os teístas e ateístas sobre a relevância do debate caiu por terra. A tensão entre a crença e a descrença abrandou. Para alguns, ela já tem material suficiente para justificar a afirmação de que Deus está morto. A questão do ônus da prova já passou para os teístas; e como as provas do sobrenatural são

difíceis em qualquer situação, as provas clássicas da existência de Deus simplesmente desabaram. A religião tem sido marginalizada socialmente e desdenhada intelectualmente (SMITH, 2001, p. 120). Com isso, utiliza-se hoje tipicamente o termo *secularização*, empregado para denotar o processo cultural pelo qual a área do sagrado é paulatinamente reduzida. De outro lado, o *secularismo* é uma posição racional que favorece essa tendência. Diante desses sinais, o futuro da religião não parece promissor.

Não obstante, há o segundo cenário. Se ver é crer, também se pode dizer que crer é ver, pois o crer traz à luz coisas que de outro modo passariam despercebidas. Aquilo que no ocidente se denomina *salvação*, e no oriente, *iluminação*, é realmente uma epifania, com o correspondente encolhimento do ego (SMITH, 2001, p. 121-122).

A previsão secular é feita por olhos que registram dados que estão disponíveis a todos, enquanto a religião enxerga numa nova luz, de maneiras que são indiscutivelmente convincentes, nas quais os argumentos intelectuais são irrelevantes. Pela visão através desses olhos da fé, o futuro da religião está assegurado (SMITH, 2001, p. 121-122).

Enquanto existirem seres humanos, haverá religião, pela simples razão de que o eu é uma criatura teomórfica, ou seja, uma criatura cuja *morphe* (forma) é *theos*, isto é, tem Deus encerrado nele. Todos os seres humanos têm um vácuo em forma de Deus dentro de seus corações, e a natureza aborrece o vazio, compelindo as pessoas a viverem tentando preencher o vazio que está dentro delas e, buscando uma imagem do divino que se adapte a esse vazio (SMITH, 2001, p. 121).

2.2 A RELIGIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.2.1 Normas no âmbito internacional

Tendo sido estabelecido uma forma de apresentação no Título anterior, resta agora examinar onde está situada a Religião dentro dos ordenamentos jurídicos.

Ao lado da lei escrita (*nomos êngraphos*), havia entre os gregos a noção de lei não escrita (*nomos ágraphos*). A última possui noção ambígua, designando por vezes o costume juridicamente relevante, e por vezes as leis universais de cunho religioso. Nas gerações seguintes, o caráter essencialmente religioso foi sendo dissipado. *Aristóteles* chamava-as de *leis comuns*, reconhecidas pelo consenso universal em oposição às leis particulares, próprias de cada povo. Neste sentido, os romanos adotaram para elas o conceito de *ius gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos. No entanto, ao ser descartado esse fundamento religioso, foi preciso encontrar outra justificativa para a vigência dessas leis universais, e assim, para os sofistas e para, mais tarde, os estoicos, esse outro fundamento universal de vigência do direito era a natureza (*physis*) (COMPARATO, 2010, p. 25-27).

Mais tarde, especialmente com a contribuição do cristianismo, passou-se a falar em *direitos da pessoa humana*. Eis por que a expressão *pessoa humana*, na concepção religiosa do mundo, não é um pleonasma: no primeiro concílio ecumênico, reunido em Niceia em 325, cuidou-se de decidir sobre a ortodoxia ou heterodoxia de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus, ou seja, a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (monofisista) e a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo uma natureza consubstancial a este (ariana). Decidiu-se, como dogma de fé, que Jesus Cristo apresentava

uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa. E assim sendo, difere de pessoa humana (COMPARATO, 2010, p. 31).

Pela Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 25 de novembro de 1981, em seu art. 6º, o direito à liberdade de pensamento, consciência, religião ou de convicções cumpre especialmente as seguintes liberdades:

- a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins;
- b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas;
- c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção;
- d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas;
- e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins;
- f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições;
- g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção;
- h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção;
- i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1981)

Destaca-se ainda, dentre os pactos internacionais, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância ou de Discriminação Fundadas sobre a Religião ou Convicção, de 1981, fruto dos esforços da

Comissão de Direitos Humanos da ONU. No preâmbulo, acentua-se a importância do respeito à liberdade religiosa para a paz e a ordem mundial (ADRAGÃO, 2002, p. 90-92), alegando a importância que a religião e as convicções constituem para aqueles que as professam um dos elementos fundamentais da sua concepção de vida.

O artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1984, dispõe que

[...] toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos. (UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, 2009).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966), de 1966, por sua vez, possui a redação em seu art. 18.1: “toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha [...]”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), de 1969, prevê em seu art. 13: “[...] Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado [...]”

As proteções às liberdades de religião e consciência podem ser encontradas no texto da Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na convicção, proclamada pela Assembléia Geral em 1981, mediante a Res. 36/55 (SARLET et al., 2012, p. 460), além de estar previsto na

Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, assim como na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

2.2.2 Algumas hipóteses de previsão legal no direito comparado

No âmbito do direito comparado, podemos encontrar fortes elementos em comum e ainda significativas diferenças quanto à positivação da liberdade religiosa. Por enquanto, dada a limitação do projeto de pesquisa, serão apenas demonstradas as comuns.

Nos Estados Unidos da América, a primeira emenda constitucional, proposta em 25/09/1789, ratificada em 15/12/1791, parte do *Bill of Rights* (coletivo das 10 primeiras emendas), manifestou a proteção dos direitos das liberdades de religião, expressão, imprensa, associação, direito de petição etc. (UNITED STATES OF AMERICA, 2012).

A primeira emenda possui a seguinte redação: “O congresso não deverá legislar a respeito do estabelecimento de religião, ou proibir o livre exercício da mesma; ou cercear a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de as pessoas se reunirem pacificamente, e peticionar ao Governo para reparar injustiças.”²² A seção que entrava a legislação referente à religião é denominada de “*Establishment Clause*”.

A partir da década de 20, a Suprema Corte do país tem interpretado a *Free Exercise Clause* de forma a restringir a promoção de religião pelos estados membros.²³ Mais recentemente, em 1994, no caso “*Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*”, o Justice David

²² No texto 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.”

²³ BOARD OF EDUC. KIRYAS JOEL VILLAGE SCHOOL V. GRUMET. The Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law.

Souter da *Supreme Court* concluiu que o governo não deve preferir uma religião à outra, ou religião à irreligião²⁴ (laicismo).

Além do exposto sobre os EE.UU, inúmeras outras Constituições no Direito comparado preveem a liberdade religiosa como Direito fundamental: a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917, art. 24); a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949, art. 4º); a Constituição da República Portuguesa (1976, art. 41); a Constituição Espanhola (1978, art. 16). É valido ressaltar que as constituições advindas após o Segundo Pós-Guerra já se situam num contexto marcado por uma exigência maior de tolerância e respeito às diferenças (SARLET et al., 2012).

A *Constituição Imperial de Weimar* de 1919, que constituiu a Primeira República Alemã, previa na sua Segunda Parte os “direitos e deveres fundamentais dos alemães”. Dos cinco capítulos, o terceiro – “A religião e sociedades religiosas” – juntava à liberdade de credo e à liberdade de consciência uma regulação das relações entre o Estado e a Igreja, como no art. 137, § 1º, o qual dispunha que “não há igreja do Estado” (THE CONSTITUTION..., 1919). Também revestia-se de certas marcas de compromisso, afirmando sociedades religiosas como corporações de direito público, poder tributário da Igreja e prestações efetuadas pelo Estado às sociedades religiosas (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

O Tribunal Constitucional Alemão, no entanto, foi ainda mais longe, protegendo não só as referidas condutas culturais e usos religiosos, mas também atividades diacônicas e caritativas, educação religiosa, festejos laicos e ateus, bem como outras manifestações da vida religiosa e ideológica, como o direito do particular de orientar a sua conduta pelas doutrinas do seu credo e agir em conformidade com a sua convicção religiosa íntima (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

²⁴ Em suas palavras: “The government should not prefer one religion to another, or religion to irreligion.”

2.2.3 Normas no direito brasileiro

O Direito à liberdade religiosa no Brasil sempre foi norma formalmente constitucional, já que desde a Constituição Imperial de 1824, se previa que “Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.” (BRASIL, 1824).

Na primeira Constituição da República Brasileira, por sua vez, dispunha no art. 72 e parágrafos, determinações sobre a liberdade religiosa, como por exemplo: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.” (BRASIL, 1891).

Da mesma forma, as demais Constituições, de 1934 (art. 113.4), 1937 (art. 122.4), 1946 (art. 141, §§) e 1967,²⁵ também previram tais liberdades, com algumas alterações textuais.

Atualmente, a CF/88 contempla a liberdade religiosa e a liberdade de consciência como direito fundamental em três dispositivos do art. 5º:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei. (BRASIL, 1988).

Dentre as constituições republicanas, a de 1891 foi a que mais se empenhou em afastar o Estado da religião, ao passo que a CF/88 é a

²⁵ É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes (BRASIL, 1967, art. 150, § 5º).

mais respeitosa e tolerante neste sentido. A única das Constituições republicanas que prevê a escusa de consciência é a atual, em seu art. 5º, VIII, sendo que as demais determinavam a perda dos direitos políticos a quem invocar a convicção religiosa para se eximir de obrigação a todos imposta (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 19).

Da mesma forma, 1) a CF/1891 não prevê a prestação de assistência religiosa nas entidades de internação coletiva, ao contrário da CF/88, que prevê em seu art. 5º, VII; 2) a primeira rejeita quaisquer relações de aliança, enquanto a segunda, no art. 19, I, que estabelece a separação entre Igreja e Estado, admite, como exceção, a colaboração de interesse público; 3) na atual há previsão de ensino religioso nas escolas, de matrícula facultativa (art. 210, § 1º); 4) Até a CF/46 não se previa qualquer benefício tributário em favor das organizações religiosas; 5) o art. 72, § 4º da Constituição de 1891 reconhecia somente a forma civil de casamento, enquanto gradativamente nas demais Constituições, se reconheceu ao casamento religioso, o efeito civil (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 19).

De forma semelhante à *Establishment Clause* vista anteriormente na Constituição dos EE.UU, a Lei Fundamental também determina, no Brasil, que é defeso aos entes federativos “[...] 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.” (BRASIL, 1988).

Na Constituição Imperial, havia a *união*, que foi desfeita antes mesmo da Constituição de 1891, com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 e o advento do Decreto 119A, de 7 de janeiro de 1890, que separou a Igreja do Estado. Essa foi uma das modificações radicais em relação ao ordenamento anterior. Assim, concedeu-se absoluta liberdade religiosa, no sentido laico, como é exemplificado pelo Art. 72, § 3º (ALTAFIN, 2007, p. 14).

As constituições posteriores mantiveram a Igreja Católica separada do Estado. A de 1934, inspirada na de Weimar, distinguiu liberdade de

consciência e de crença, garantiu o livre exercício de cultos religiosos, assistência fora dos templos, facultativa nas expedições militares, nos hospitais, penitenciárias e outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos. A de 1937 assegurou a liberdade de culto e secularização dos cemitérios. A Carta de 1946 declarou ainda a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto e a liberdade de convicção religiosa, filosófica ou política. A de 1967 não previu a liberdade de crença, mas apenas de consciência, assegurando aos crentes o exercício dos cultos religiosos (ALTAFIN, 2007, p. 15).

Entre outros Direitos à Religião na CF/88, está o casamento, previsto no art. 226, § 2º, e o serviço alternativo ao militar do art. 143, § 1º (escusa de consciência): “[...] aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política.” (BRASIL, 1988).

Por fim, ainda podem ser encontradas as disposições da Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 1º), precipuamente o que segue, constante do artigo 20: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” O crime ainda é qualificado se cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

2.3 CONSIDERAÇÕES

Todas as explicações sobre a religião que podemos encontrar esclarecem alguma coisa, mas não tudo. Por isso, é preciso unir todos os elementos que supõem da parte do homem um conhecimento e uma adesão viva, um agir racional e voluntário.

Donde provém, portanto, o fenômeno religioso? Da natureza humana, mas esta deve sua existência ao Ser Supremo. O único fundamento

universal do fenômeno religioso é o próprio Deus. No entanto, será possível que Deus deve sua existência ao homem?

Ora, se um pássaro tivesse idoneidade para nos dizer como ele imagina seu Deus, certamente o descreveria como um ser plumado, bípede e alado. O ser supremo é, para o pássaro, exatamente o ser do pássaro. Ele simplesmente objetivaria sua essência e definiria seu Deus atribuindo-lhe tudo aquilo que lhe é peculiar, mas infinitamente maior que seu ser, sendo que se trata só de uma questão de predicções (HAHN, 2003, p. 102).

Vale lembrar o que escreveu o filósofo jônio, *Xenófanes de Colofão*, em algum momento em cerca de 500 a.C., na Grécia: “Mas se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões; E pudessem com as mãos desenhar e criar obras como os homens; Os cavalos semelhantes aos cavalos, os bois semelhantes aos bois; Desenhariam as formas dos deuses e os corpos fariam; Tais quais eles próprios têm.”

Justamente porque talvez esta objetivação e a tomada de consciência da mesma possibilitam ao homem descobrir o seu Deus, ou seja, que talvez Deus não seja mais que sua essência no mais alto grau de perfeição. Pelo mesmo raciocínio, se Deus é uma produção do homem, cada cultura ou religião possuirá um Deus diferente em relação a outra, podendo ser castigador, protetor, intolerante, amável etc, conforme os atributos do próprio homem e suas atribuições predicativas.

Justifica-se, inclusive, por estas razões, a discussão sobre a existência de Deus neste trabalho acadêmico. Isto porque a questão da existência de Deus reflete, conforme vimos, sobre a inter-religiosidade, notadamente acerca do choque de dogmas e pressupostos primordiais de cada forma religiosa. E não pode se olvidar que o pluralismo religioso é um elemento vital em qualquer discussão sobre liberdade religiosa.

Não obstante tudo o que foi exposto, a resposta para tais questões não é cravada em pedra, e não será encontrada de forma definitiva,

principalmente em um trabalho tão breve como o presente, para um tema tão complexo tal qual é o fenômeno religioso.

Deve-se ter em mente ainda que, quando discute-se sobre Religião, o tema sempre deve ser analisado com muito cuidado, especialmente por estar diretamente relacionado com o multiculturalismo e a interculturalidade.

Além disso, vale lembrar que foi visto nesta seção do trabalho que os tratados internacionais e as declarações de direitos possuem um grande respaldo (jurídico, teórico, histórico etc) ao incluir em seus textos o respeito à liberdade religiosa como um direito inerente à dignidade da pessoa humana, eis que, sem sombra de dúvida, é fundamental para qualquer sociedade que seja considerada justa.

No Brasil, a liberdade religiosa sempre esteve prevista como um Direito Fundamental, ou ao menos desde que se instituiu a Constituição Imperial de 1824, e tem evoluído gradualmente desde então no âmbito Constitucional, alcançando hoje até mesmo o seu reconhecimento definitivo no Direito Internacional como um Direito Fundamental básico, bem como no Direito Comparado. Esta liberdade, sendo um Direito Fundamental, obviamente deve ser ponderada com os demais direitos fundamentais e princípios do direito, sempre visando respeitar a dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO III
A LIBERDADE RELIGIOSA
COMO DIREITO
FUNDAMENTAL: A
PRESERVAÇÃO DA
AUTONOMIA NO ÂMBITO
RELIGIOSO

3.1 A LIBERDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1.1 A liberdade religiosa

3.1.1.1 Considerações sobre a liberdade religiosa

A liberdade religiosa brotou nos albores do Renascimento, como parcela da liberdade de pensamento, porém a frente de todas as outras parcelas, a liberdade de religião como direito fundamental (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 84).

Essa liberdade abrange a liberdade de crenças (de ter, não ter, ou deixar de ter uma religião), a liberdade de culto, o direito à divulgação das próprias convicções religiosas, a liberdade de reunião e associação religiosas (ADRAGÃO, 2002, p. 18).

Dessa liberdade religiosa, resulta a possibilidade de organização dos cultos, que são extensão dessa liberdade, sendo um de seus elementos essenciais. Com essa possibilidade de organização, surgem as igrejas, que por sua vez, trazem o inevitável problema de sua relação com o Estado.

Na França, após mais de quarenta anos de guerras religiosas e civis, em 13 de abril de 1598, o Rei Henrique IV, mediante o Édito de Nantes, garantiu aos protestantes a liberdade de consciência, considerada por *Peces-Barba* como o primeiro direito fundamental a ser formulado com o caráter moderno e, por *Jellinek* como o primeiro dos direitos humanos.²⁶

O Código de *Rhode Island*, de 1647, redigido por Roger Williams, proclamava a liberdade religiosa como um direito irrenunciável, o que foi repetido na Carta para a Colônia de *Rhode Island* em 1663. A Inglaterra, na mesma época, teve como resposta o *Agreement of the People* de 1647, contemplando a liberdade religiosa como direito inafastável (SILVEIRA,

²⁶ Cf. Silveira (2007, p. 16).

2007, p. 16). É no século XVII que se verifica a discussão de temas que estão na base do entendimento moderno da soberania popular, do *contrato social* (Hobbes,²⁷ Locke, Rousseau), das constituições escritas, da igual liberdade, incluindo a liberdade de religião e expressão.

Por questão de pertinência, vale lembrar que a contribuição de John Locke para a liberdade de expressão encontra respaldo em sua *Carta Sobre a Tolerância*, onde afirma que a tolerância religiosa era o princípio que, estando de acordo com a razão, fundamentava a liberdade de todas as igrejas e que, portanto, ninguém poderia ser coagido em matéria de religião por nenhuma lei ou força, importando a ortodoxia na luta dos homens para alcançar o poder. Entretanto, o próprio Locke, embora defendesse a liberdade religiosa, excluía os ateus, afirmando que “[...] aqueles que negam a existência de Deus não devem ser de modo algum tolerados.”²⁸

Homens como Benjamin Franklin, John Adams e George Washington, exprimiram uma visão positiva do contributo que a religião podia dar à vida, liberdade e segurança da nova república, desde que fossem tomadas as medidas necessárias para evitar a imposição de uma religião oficial e a perseguição das minorias e dos indivíduos por razões religiosas.²⁹

A Constituição dos Estados Unidos, já em sua primeira emenda, com o objetivo de prevenir a coerção e a discriminação religiosa, prevera 1) o reconhecimento aos indivíduos de adotarem as confissões religiosas que bem entenderem, sem medo de regulação, perseguição ou discriminação pelos poderes públicos e 2) o impedimento de tratamento preferencial de uma confissão religiosa, no plano federal, especialmente quando isso se traduzisse na concessão de uma posição de domínio sobre as demais.

²⁷ O primeiro filósofo moderno que articulou uma teoria contratualista detalhada foi Thomas Hobbes (1588-1679). Na obra *Leviatã*, explicou os seus pontos de vista sobre a natureza humana e sobre a necessidade de governos e sociedades (HOBBS, 2003, p. 112 e ss.).

²⁸ Cf. Silveira (2007, p. 25-26).

²⁹ Cf. Machado (2013, p. 56).

Por fim, não olvidemos jamais que a liberdade religiosa em si é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004, p. 5).

3.1.1.2 Noções básicas para compreender a liberdade religiosa

A Liberdade Religiosa, que fora estampada em documentos do século XVI e XVII, proporcionou a descentralização da procura da verdade última acerca do sentido da existência, valorizando a reflexão crítica e a manifestação de concepções dissonantes.

No século XVII, em alguns segmentos ingleses, verifica-se a discussão de temas que estão na base do entendimento moderno da soberania popular, do contrato social, da criação de constituições escritas, da defesa da igual liberdade de todos os indivíduos, incluindo a liberdade de religião e de expressão (SILVEIRA, 2007, p. 17).

Nomes como o de *Roger Williams* (1603-1684), *John Milton* (1608-1674) e *John Locke* (1632-1704) estão ligados à influência da exaltação da liberdade de religião e de expressão. O primeiro, enquanto secretário do magistrado *Edward Coke*, notabilizou-se pela defesa da liberdade religiosa e da separação das confissões religiosas do Estado, princípio que implementou na colônia americana de *Rhode Island*. O segundo, secretário pessoal de *Oliver Cromwel*, destacou-se pela defesa da ampla liberdade de

expressão. O terceiro, filho de advogado que lutou ao lado de *Cromwell*, desenvolveu a teoria do contrato social como princípio fundador de uma ordem estadual limitada pela garantia dos direitos naturais dos indivíduos e consolidou, na teoria política, uma ampla tolerância religiosa (SILVEIRA, 2007, p. 17). Teoria essa, que serviu como base, ao lado de outras referências como, *Kant*, *Hobbes* e *Rousseau*, para a teoria contratualista contemporânea de *John Rawls*.

A liberdade religiosa revela-se como expressão da exigência de comportar-se, na vida social, em conformidade e coerência com os ditames éticos derivados da mensagem religiosa à qual se adere. Portanto, a montante da liberdade religiosa está sempre em uma cosmovisão, crente, agnóstica ou ateia (ADRAGÃO, 2002, p. 17).

Conforme foi sugerido, a liberdade religiosa abrange três liberdades: a) a *liberdade de crença* permite aderir à qualquer religião ou até mesmo de não aderir a religião alguma, tangenciando com a liberdade de consciência, já que assegura a liberdade de descrença, o agnosticismo e a liberdade de ser ateu; b) a *liberdade de culto* diz respeito à exteriorização do sentimento sagrado, de praticar os ritos, orar em casa ou em público, e ter seus templos; c) a *liberdade de organização* refere-se a possibilidade de uma determinada religião ter uma estrutura organizacional, inclusive de personalidade jurídica, até para suas relações com o Estado.

Enquanto isso, a relação religião-Estado pode existir de três modos: a) *confusão*, quando é teocrático, como o Vaticano; b) *união*, quando estão ligados por vários aspectos e c) *separação*, quando não tem nenhum vínculo especial com qualquer religião (ALTAFIN, 2007, p. 14). Isso será melhor compreendido no tópico deste trabalho onde é tratado da laicidade do Estado.

A liberdade religiosa também postula a existência de liberdade de escola. Entretanto, pressupõe-se que a liberdade religiosa e a liberdade de aprender e ensinar são direitos fundamentais distintos. Assim, a liberdade

de aprender é condição da liberdade religiosa, sua garantia (ADRAGÃO, 2002, p. 18).

Da leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) e da Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais (1950 - não confundir com a Carta de 2000), depreende-se que a liberdade religiosa é um dos pilares do sistema político democrático, como regime de liberdade para as pessoas e para os grupos. Segundo uma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao analisar o art. 18 da Declaração Universal e o art. 9º, n. 1, da Convenção europeia, a sentença do caso *Kokkinakis v. Grécia* decidiu que a liberdade de manifestação da religião inclui o direito ao proselitismo, ou seja, a atividade de converter o próximo, por meio de um ensinamento, sem o que, de resto, a liberdade de mudar de religião ou de convicção consagrada pelo art. 9º correria o risco de se tornar letra morta (ADRAGÃO, 2002, p. 88-89).

De acordo com *Bobbio* (2004, p. 23), o problema hoje em relação aos “direitos do homem”, não é tanto sobre justificá-los, e sim de protegê-los. Não se trata apenas de um problema filosófico, mas principalmente político.

Uma coisa é falar dos direitos do homem, justificá-los com argumentos convincentes, outra é garanti-los efetivamente. Os direitos sociais são mais difíceis de se proteger do que os direitos de liberdade, a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado (particularmente, de Direito). Há uma grandiosidade de promessas e uma miséria de realizações, revelando o contraste entre as declarações solenes e sua consecução (BOBBIO, 2004, p. 60). Neste sentido, o próximo tópico tratará destes direitos no Direito Positivo.

3.1.1.3 O Direito Natural e a Liberdade de Expressão no Direito Positivo

A Liberdade Religiosa se encontra situada a dentro do gênero de direitos da liberdade de expressão (sem olvidar que ela integra o direito de consciência, conforme já visto), razão pela qual é indispensável demonstrar o âmbito jurídico em que se encontra tal direito.

Porém, antes de adentrar-se à questão principal deste tópico, é necessário fazer um adendo superficial sobre o termo “Direito Positivo”.

De um lado, há o reconhecimento de direitos intrínsecos ao homem, que existem por si só, denominados de direitos naturais, referindo-se ao *Direito Natural*. Essa corrente, que costuma apontar *Aristóteles* como seu primeiro articulador no séc. IV a.C. (reconhecido em Roma, mais tarde, com *Marco Tulio Cícero*, no séc. I a.C.), teve grande influência do cristianismo, como por exemplo com *Paulo de Tarso*, que já argumentava acerca do que considerava como leis naturais divinas, e também de grandes teólogos cristãos, como *São Tomás de Aquino* e *Agostinho de Hipona*.³⁰ No período iluminista, possuía como expoentes, os filósofos, *Hugo Grócio*, *Thomas Hobbes*, *John Locke*, *Immanuel Kant*, e nos Estados Unidos revolucionista, *John Adams* e *Thomas Jefferson*.³¹

³⁰ Conhecido universalmente por *Santo Agostinho*, já que é considerado como um Santo pela Igreja Católica e na Comunhão Anglicana. É considerado por protestantes, como os calvinistas e os luteranos, como um dos “pais teológicos” da reforma protestante em razão de suas doutrinas sobre a salvação e a graça divina. Uma das obras mais conhecidas de *Martinho Lutero*, “*Nascido Escravo*”, tem traços agostinianos tão marcantes, quanto ao estilo e conteúdo, que dificilmente o leitor que já leu o mínimo de *Agostinho* não o perceberia nas entrelinhas. Da mesma forma, a influência de *Agostinho* em *João Calvino* é algo notório e inquestionável, sendo talvez a pessoa que *Calvino* citou mais vezes do que qualquer outro escritor não bíblico (cf. *O reformador...*, 2009).

³¹ *John Adams* foi o segundo presidente dos Estados Unidos (1797–1801) e indivíduo de destaque na Revolução Americana, pois como advogado e delegado de Massachusetts no Congresso Continental, teve um papel importante em convencer o Congresso a declarar a independência. Ajudou *Thomas Jefferson* a elaborar a *Declaração da Independência* em 1776. *Jefferson* e *Adams* foram concorrentes à presidência nas eleições presidenciais de 1800, na qual *Thomas Jefferson* derrotou *Adams*, momento no qual *Adams* (ainda como presidente) nomeou vários juizes em cargos relevantes para manter certo controle sobre o Estado, inclusive o *Chief of Justice John Marshall*, que, por questões mais políticas do que jurídicas, resultou na polêmica do caso *Marbury v. Madison* em 1803, que marcou o início do *Judicial Review*, eis que *Marshall* adotou um raciocínio complexo para contrariar o poder executivo de *Thomas Jefferson* e

Quando se fala em direitos naturais, refere-se à teoria do Jusnaturalismo, ou do Direito Natural. Sua fundamentação é de que existem direitos e princípios que são considerados bens humanos evidentes em si mesmos. Na contemporaneidade, o maior teórico do Direito Natural é *John Finnis*. Para este autor, a lei positiva possui as seguintes características: 1. Feita pelos homens; 2. Temporalidade; 3. Pode ou não ser valorativa; 4. Deve estar de acordo com a lei natural para ser legítima. Enquanto a lei natural, por sua vez, possui as seguintes: 1. Referem-se a bens básicos; 2. Direitos que existem por si mesmos; 3. Imutáveis; 4. Atemporais; 5. Podem ser observadas e são auto-evidentes; 6. São pré-valorativas, pois existem independentemente de serem reconhecidas e valoradas pelo homem (FOSSARI, 2014).³²

As características de imutabilidade e atemporalidade pode ser encontrada ainda em *Hobbes* (2003, p. 136), para o autor: “[...] as leis de natureza são imutáveis e eternas, pois a injustiça, a ingratidão, a arrogância, o orgulho, a iniquidade, a aceitação de pessoas etc., jamais podem ser tornados legítimos, pois nunca poderá ocorrer que a guerra preserve a vida e a paz a destrua.” É importante lembrar que *Hobbes* é um teórico do poder absoluto do Estado e, para ele, o único legitimado a pôr o direito positivo é o soberano, circunstância indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado.

Ainda, pela distinção de *Paulo*, o direito natural estabelece aquilo que é bom, enquanto o direito positivo estabelece aquilo que é útil. O juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, enquanto o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.³³

A distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo pode ser encontrada em um primeiro momento em *Platão*³⁴ e *Aristóteles*.^{35,36}

confirmar o poder dos Tribunais em deixar de aplicar leis inconstitucionais (cf. *Case Marbury vs. Madison*, 1803).

³² Sobre isso, é interessante ver: *Finnis* (2007).

³³ Cf. *Bobbio* (1995, p. 19).

³⁴ Em uma passagem do *Comento de Calcídio a Timeu*.

³⁵ Encontrada no capítulo VII do livro V da obra *Ética a Nicômaco*.

³⁶ Cf. *Bobbio* (1995, p. 16).

Segundo Bobbio (1995, p. 17), a distinção utilizada por Aristóteles entre o direito natural e o positivo, ocorre mediante dois critérios:

- a) O direito natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia, enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto;
- b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outros mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei. Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha e não duas cabras não porque esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira.

É interessante observar, porém, que segundo Hugo Grócio, o “pai” do Direito Internacional, o Estado é apenas uma das três instituições que podem positivizar normas. Uma delas é a família, inferior ao Estado, enquanto outra, superior ao Estado, é a comunidade internacional, que põe o *jus gentium*, compreendendo-se não no sentido de direito comum a todos, mas no sentido de *jus inter gentes*, ou seja, a regulação das relações entre os povos ou entre os Estados (BOBBIO, 1995, p. 21).

Por questão de foco e espaço, as teorias do direito natural e do direito positivo não serão tratadas adiante, mas sobre o tema, é interessante ainda ler Comte (1978) e Kelsen (1998, p. 152 e ss.).

Visto essa questão introdutória sobre o Direito Positivo, passa-se a tratar do tema específico do tópico, a liberdade religiosa no âmbito das normas positivas.

Primeiramente, deve-se ter em mente que a liberdade de expressão começou a adquirir relevância com o advento da modernidade, ou mais precisamente, com a Reforma Protestante e o conseqüente processo de afirmação de liberdade religiosa. Portanto, pode-se dizer que a liberdade de expressão nasceu com a liberdade religiosa, mas também que, em termos gerais, a liberdade religiosa é uma forma de liberdade de expressão.

Vale ressaltar que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, sendo que, não raras vezes, quanto maior o nível de democracia, maior a liberdade de expressão (e reciprocamente), mas pode também a liberdade de expressão acarretar riscos para a democracia e esta para aquela (SARLET, 2012, p. 441).

O direito de expressão no Brasil encontra seu início na Carta Imperial de 1824, tendo encontrado apenas sob a égide da atual Constituição Federal uma real efetivação. Pelo art. 179, IV, daquela Constituição,

Todos podem comunicar seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar [sic].

Em termos semelhantes, a Constituição de 1988³⁷ se encontra em sintonia com a evolução da liberdade de expressão, precipuamente a respeito da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Verica-se a seguinte disposição, em seu art. 19: “[...] *todos têm direito à liberdade*

³⁷ Que possui em seu bojo a liberdade de expressão como um Direito Fundamental, previsto expressamente em vários artigos, como no inciso VI do art. 5º, “é inviolável a liberdade de consciência e de

de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio.”

Outras declarações de direitos prevendo a liberdade de expressão como um Direito Humano incluem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, mediante sua incorporação ao direito interno, dispõe em seu art. 19 que:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões;
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, reflete que:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha [...].

Na Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos expõe o seguinte dispositivo em seu art. 10.1: “Qualquer pessoa tem direito à

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”; no inciso IX do mesmo artigo, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; no art. 216, I, “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (I) as formas de expressão”; e por fim, no artigo 220, “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas [...]”; E a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, em seu art. 11.1: “Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão.” (SARLET et al., 2012, p. 435-438).

Está assim, amplamente assegurado em todas as cartas nacionais e internacionais o direito à liberdade de expressão.

3.1.2 A liberdade religiosa enquanto direito humano e direito fundamental

3.1.2.1 Considerações históricas

Em razão da intolerância religiosa na história, uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos foi a liberdade de crença e de culto, alcançando a condição de direito humano fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Para exemplificar o exposto, vale lembrar do protestantismo luterano do século XVI, que teve efeitos positivos para a quebra do paradigma dogmático religioso, que mais tarde, combinado com outros fatores, alavancou o iluminismo. Não se pode olvidar que, no caso da França, o protestantismo começou ainda mais cedo naquele século, com as doutrinas calvinistas, que por sua vez, já se iniciaram (mas sem rótulo, obviamente) antes mesmo de João Calvino. No entanto, Lutero não concordava com a reforma calvinista, pois o protestantismo francês pregava que a Igreja estava tão degenerada que não haveria como reformá-la, devendo assim ser criada uma nova Igreja.

Deve ser lembrado que o calvinismo se tornou religião principal na Escócia, nos Países Baixos e em parte da Alemanha, tendo sido influente na Hungria e na Polônia, havendo fortes efeitos ainda na Inglaterra e,

no século XVII, entre os “africânderes” (colonos holandeses, franceses e portugueses) da África do Sul. Contudo, a sua mais importante contribuição, ao menos para o Direito, foi o seu pontapé inicial ao que desencadeou na revolução francesa.

Por tais motivos, combinados também com outros fatores como a exploração política e econômica pelos privilegiados sobre o Terceiro Estado, é que a população se rebelou. Não se pode deixar de citar ainda, como fator, a opressão religiosa, já que determinados grupos da época (especialmente em razão do protestantismo) não podiam manifestar suas opiniões ou até mesmo, muitas vezes, obstados de se reunirem em seus templos. Começa o processo de separação entre Estado e Igreja no ocidente, lembrando da influência de autores como *John Locke* e *Thomas Hobbes*, que defenderam esta desvinculação.

Sobre isso, fica evidente o papel primordial da Revolução Francesa, fundamental para o reconhecimento oficial pelo Estado dos direitos às liberdades, particularmente por haver culminado na primeira declaração de direitos humanos. *Bobbio* afirma que a conexão entre mudança social e mudança na teoria e na prática dos direitos fundamentais sempre existiu. Segundo ele, é óbvio que numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental, assim como o direito ao trabalho, elevado a direito fundamental na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários (BOBBIO, 2004, p. 71).

Em *Qu'est-ce que le Tiers État?*, *Sieyès* explica que a celeuma ocorre porque que as queixas dos plebeus (na França pré-revolução) eram tratadas como insubordinação. São estes os cidadãos mais expostos às humilhações dos agentes do fisco e dos demais subalternos em todas as partes da administração pública na França do Século XVIII. As leis se

mostram cúmplices dos privilegiados, são feitas para os privilegiados e contra o povo (SIEYÈS, 2001, p. 36-37).

Locke descrevera que, pela exigência da razão, os homens devem ser livres e iguais no estado de natureza, visando a inversão da concepção de que o poder sobre os homens procede de cima para baixo, e não vice-versa. Era precisamente essa meta que haviam proposto os constituintes, conforme disposto logo no art. 2º da declaração: “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. Apesar de não estar presente a expressão “contrato social”, a mesma está implícita na palavra “associação” (BOBBIO, 2004, p. 87).

A concepção do homem como animal político, remontando à Aristóteles, permitira justificar durante séculos o Estado paternalista (e até despótico), no qual o indivíduo não possui por natureza nenhum dos direitos de liberdade, direitos dos quais, como uma criança, não estaria em condições de se servir, não só para o bem comum, mas nem mesmo para o seu próprio bem. Portanto, John Locke teve a sua parte na revolução, por ser defensor do direito de liberdade como direito natural, do qual todos os outros decorrem, e assim, foi o mais coerente adversário do patriarcalismo, forma de governo na qual os súditos são tratados como eternos menores (BOBBIO, 2004, p. 70).

3.1.2.2 Fundamentação jusfundamental da liberdade religiosa

Para Friedrich Müller, um direito fundamental não é apenas uma determinação normativa, são garantias de proteção conformadas por complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Para tanto, a norma da liberdade religiosa na CF/88 abrange não somente o enunciado normativo do art. 5º, VI-VIII, mas todas e quaisquer disposições referentes à liberdade religiosa na Constituição Federal. Nas palavras de Müller (2010, p. 117).

Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses ‘âmbitos materiais’ são transformados em ‘âmbitos normativos’ por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica.

Para Alexy (2011, p. 77-78), a “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica” de *Friedrich Müller*, consiste na tese de não-identidade entre norma e texto normativo, e assim, a norma jurídica é mais que o texto. Uma teoria pós-positivista da norma jurídica, que para *Müller* é uma teoria adequada, teria que partir do pressuposto de que “a norma é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma”. O texto expressa o “programa da norma”, ou o “comando jurídico”. A norma jurídica deve ser entendida como um projeto vinculante, que abarca tanto o que regula quanto o que há de ser regulado. A contraposição de ser e dever-ser é, desse modo, superada.

Já os direitos humanos, por sua vez, possuem como objetivo estabelecer o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a diferença, tanto em relação aos indivíduos como em relação às culturas, tendo como norte central identificar os pontos de convergência que os identificam como indivíduos únicos. As diferenças que constituem a humanidade no transcorrer da história servem de base para os questionamentos da universalidade dos direitos humanos (LUCAS, 2010, p. 226-227).

Segundo *Lucas* (2010, p. 38), a positivação dos direitos humanos não explica, por exemplo, o porquê da definição e da escolha de determinados direitos e não de outros. Ela também não explica por que diferentes sociedades ocidentais, com histórias política e econômica diversas, adotaram, em regra, uma mesma orientação valorativa na definição de

suas cartas políticas de direitos humanos. Bem como, não explica ainda, o fato de sociedades não ocidentais concordarem, ao menos em parte, com um conjunto desses direitos mesmo antes das revoluções do século 18. Em outras palavras, o reconhecimento jurídico histórico dos direitos humanos é de uma importância inegável para a afirmação das sociedades democráticas, mas não elide e nem mesmo nega a necessidade de uma justificação para as declarações modernas de direitos humanos.

Quanto a esta justificação, na questão dos direitos humanos, há uma controvérsia doutrinária, tradicional, peregrina e infundável, entre o *juspositivismo* e o *jusnaturalismo*. O positivismo afirma a supremacia do Estado sobre o direito, enquanto o naturalismo defende a supremacia básica dos direitos naturais, fundada em: a) pela imposição da Providência Divina; b) pela razão humana ou c) pelo consenso social, existindo, portanto, três correntes a respeito dos direitos naturais do homem, a teológica, a racional e a social (ALTAFIN, 2007, p. 3).

A corrente *teológica*, por exemplo, é aquela segundo o qual o direito humano deve conformar-se a certas verdades primeiras, ou a certos princípios religiosos, fontes supremas da ordem e da justiça. Em documentos pontifícios, por exemplo: “[...] o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência [e] nenhuma lei humana poderia apagar de qualquer forma o direito natural e primordial de todo homem” (*Rerum Novarum*, 13) (ALTAFIN, 2007, p. 3).

O *direito natural racional*, por sua vez, decorre da razão humana. Suas teorias, a partir do século XVII, afirmam que a natureza deve ser interpretada com o que entendem ser a lei imutável da razão humana. Tais teorias tiveram expressão maior no século XVIII, com apoio popular e destaque a autores como *Jean-Jacques Rousseau*, que dava à origem do Estado uma base contratual. Enquanto para as teorias de origem *social do direito natural*, a razão jurídica é uma simples coletora do produto do meio

social. Esta última é a corrente da Escola Histórica de Direito, de *Savigny*, que floresceu a partir dos princípios do século XIX (ALTAFIN, 2007, p. 4).

Na Declaração de Independência dos Estados Unidos, afirma-se que “[...] todos os homens foram criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, em cujo número estão a vida, a liberdade e o desejo de bem estar; que para firmar tais direitos são instituídos os governos entre os homens.” Isso demonstra que os racionalistas congressistas não abdicaram da origem divina dos direitos naturais, bem como mantiveram a posição contratual de *Rousseau* para originar o Estado (ALTAFIN, 2007, p. 11).

Nestes termos, é indispensável falar também sobre a dignidade humana. À luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU e os entendimentos, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido primordialmente à matriz kantiana, centrando-se na autonomia do direito de autodeterminação de cada pessoa (SARLET et al., 2013, p. 22). De acordo com *Sarlet et al.* (2013, p. 37):

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Segundo a fórmula desenvolvida na Alemanha por *Günter Dürig*, na esteira kantiana, a dignidade da pessoa humana é considerada atingida sempre que a pessoa concreta (indivíduo) for rebaixada a objeto, mero instrumento,

tratado como coisa, descaracterizando-a como sujeito de direitos (SARLET et al., 2013, p. 34).

Há uma distinção entre dignidade humana (no sentido de dignidade reconhecida a todos, independentemente de sua condição pessoal) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral. Assim, há situações em que para determinada pessoa (independentemente de uma vinculação a grupo cultural específico) não são consideradas ofensivas à sua dignidade, ao passo que, para outros, se trata de violação intensa do núcleo essencial da dignidade da pessoa (SARLET et al., 2013, p. 28-29).

Sarlet afirma que, para *Niklas Luhmann*, a pessoa alcança (conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa da sua própria identidade. Tal concepção, no entanto, não corresponde às exigências do estado constitucional e de sua cultura, já que mesmo aquele ser humano sem “utilidade” não deixa de ter dignidade. *Starck* critica no sentido que a dignidade não se restringe aos que logram construí-la pessoalmente, pois, em sendo assim, poderá acabar sendo justificado - como a história já demonstrou - o sacrifício dos deficientes mentais, pessoas com deformidades físicas e até “monstros espirituais” (traidores da pátria e inimigos da classe) (SARLET et al., 2013, p. 30).

Segundo o mesmo autor, *Dworkin* compreende que, ainda mesmo as pessoas que não possuem a capacidade de autodeterminação devem receber um tratamento digno (ou que perderam a consciência de sua dignidade), haja vista que a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas se encontram conectadas. Ao contrário, *Habermas* traça uma linha distintiva entre o que chama de dignidade da pessoa e dignidade da vida humana. Ainda, concebe no sentido de que a dignidade não decorre da natureza humana (atributo congênito), mas sim do reconhecimento do valor intangível de cada pessoa no âmbito da reciprocidade das relações humanas (SARLET et al., 2013, p. 31-32).

Como princípios positivados, a dignidade e a igualdade são vinculadas no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É que, segundo Kant, o homem possui uma dignidade (valor interno absoluto) que lhe permite se comparar com as outras criaturas racionais e se considerar em pé de igualdade, ou seja, a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos. Não se trata, destarte, de uma questão de valor ou hierarquia, de uma dignidade maior ou menor, ninguém tem mais ou menos dignidade que o outro, é por isso que não há um valor absoluto (SARLET et al., 2013, p. 137).

A liberdade encontra-se no cerne deste conceito de dignidade humana. Liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento, físico ou espiritual. A liberdade, quanto ao seu conteúdo, caracteriza-se por não haver submissão a outrem, no fato de não estar sob o controle de terceiros, de não sofrer restrições impositivas, venham estas do Estado ou de outro indivíduo (FREITAS, 2011, p. 176).

Para *Schopenhauer* (apud HAHN, 2012), toda imposição da vontade de vida de uma pessoa que invade o direito e a liberdade de outro indivíduo usufruir de suas forças, de seus bens ou de manifestar sua própria vontade é denominada de injustiça.

Neste sentido, vale mencionar um trecho de *Do Contrato Social*, de *Rousseau* (1762):

Assim, por qualquer lado que se encarem as coisas, é nulo o direito de escravizar, não só pelo fato de ser ilegítimo, como porque e absurdo e nada significa. As palavras escravatura e direito são contraditórias, excluem-se mutuamente. Seja de homem para homem, seja de um homem para um povo, este discurso será igualmente insensato: “Faço contigo um contrato, todo em teu prejuízo e todo em meu proveito, que eu observarei enquanto me aprover, e que tu observarás enquanto me aprover”.

Portanto, em outras palavras, o direito de liberdade é necessariamente um direito humano, pois a sua própria violação contradiz a concepção de direito, ou seja, contradiz a ideia de contrato social, excluindo necessariamente a ideia de direito.

É especialmente concernente, neste aspecto, sempre utilizar como base os famosos tipos de liberdade corroborados por *Isaiah Berlin*, o qual divide a liberdade nas espécies negativa (*freedom of*) e positiva (*freedom to*), a última enfocando a liberdade enquanto participação política.

Por fim, vale mencionar a Declaração sobre eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, de 1981, que produz, em seu preâmbulo, o seguinte:

[...] o desprezo e a violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, em particular o direito a liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de qualquer convicção, causam direta ou indiretamente guerras e grandes sofrimentos à humanidade, especialmente nos casos em que sirvam de meio de intromissão estrangeira nos assuntos internos de outros Estados, e são o mesmo que instigar o ódio entre os povos e as nações.

[...] a religião ou as convicções, para quem as profere, constituem um dos elementos fundamentais em sua concepção de vida e que, portanto, a liberdade de religião ou de convicções deve ser integralmente respeitada e garantida.

[...] é essencial promover a compreensão, a tolerância e o respeito às questões relacionadas com a liberdade de religião e de convicções e assegurar que não seja aceito o uso da religião ou das convicções com fins incompatíveis com os da Carta, com outros instrumentos pertinentes das Nações Unidas e com os propósitos e princípios da presente Declaração. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1981).

Esta previsão na Declaração está perfeitamente de acordo com o exposto aqui sobre o direito da liberdade religiosa como direito humano e fundamental.

Sobre isso, é relevante a ressalva de *Bobbio*, no sentido de que uma coisa é falar dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais, justificá-los com argumentos convincentes, outra é garanti-los efetivamente, especialmente os direitos sociais, que são ainda mais difíceis de se proteger do que os direitos de liberdade, a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado (particularmente, de Direito). Há uma grandiosidade de promessas e uma miséria de realizações, revelando o contraste entre as declarações de direitos solenes e sua consecução (BOBBIO, 2004, p. 60).

Além de todo o exposto supra, vale lembrar que é aconselhável não limitar o conceito de direito fundamental e, com isso, o conceito de normas de direito fundamental. Neste sentido, a grande crítica de *Alexy* a *Carl Schmidt* é que ele limita este conceito, afirmando que direitos fundamentais (em sentido estrito) seriam apenas aqueles que tivessem uma determinada estrutura, a dos direitos individuais de liberdade. Um dos inconvenientes de uma definição assim seria que ela vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado. De acordo com esse critério puramente estrutural, somente as normas que garantissem direitos subjetivos seriam consideradas normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 67).

3.1.2.3 O equilíbrio entre liberdade e segurança

A ambivalência da vida depende de dois valores essenciais, que são absolutamente indispensáveis para uma vida satisfatória, recompensadora e relativamente feliz: segurança e liberdade. Não há a possibilidade de possuir uma vida digna na ausência de um deles. Segurança sem liberdade

é escravidão; Liberdade sem segurança é um completo caos, incapacidade de fazer ou planejar.

Em entrevista para o Núcleo de Pesquisa de Estudos Culturais em julho de 2011, Zygmunt Bauman afirmou que toda civilização é uma troca, é necessário dar um direito para receber outro. Assim, lembra que em 1920, Freud afirmou que a sociedade entregou liberdade demais em prol da segurança. Enquanto isso, “hoje nossos problemas derivam do fato de que entregamos demasiadamente a nossa segurança em prol da liberdade”. O sociólogo afirma, entretanto, que há sinais de que o “pêndulo” esteja voltando em direção de mais segurança, com o Estado Social vindo em favor do público, enquanto este deseja poderes fortes e estabilidade (BAUMAN, 2011).

Definido o Direito Natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador, Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo. De resto, no início da *Metafísica dos costumes*, parte intitulada em alemão de *Rechtslehre*, ou seja, *Doutrina do Direito*, o autor afirmara solenemente, que uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos. O único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia (KANT, 2013, p. 59-60).

Todas as declarações recentes de direitos humanos compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos órgãos públicos) um certo número de

obrigações positivas. Porém, eles são antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. Trata-se de duas situações tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda (BOBBIO, 2004, p. 21).

Os dois principais argumentos para introduzir algumas liberdades entre os direitos fundamentais são: a) a irredutibilidade das crenças; b) a crença de que, quanto mais livre for o indivíduo, tanto mais poderá ele progredir moralmente e promover também o progresso material da sociedade. Ora, desses dois argumentos, o primeiro é irrelevante para justificar a exigência de novos poderes, enquanto o segundo se revelou historicamente falso (BOBBIO, 2004, p. 21).

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o poder exacerbado do Estado, os direitos sociais exigem, para sua proteção efetiva, precisamente o contrário, a ampliação dos poderes do Estado. Portanto, o exercício do poder pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo os diversos pontos de vista a partir dos quais esses contextos são considerados. Nem sempre o aumento da liberdade é um bem e o aumento do poder um mal (BOBBIO, 2004, p. 67).

Conclui-se, portanto, que não é possível solucionar definitivamente este problema, sempre haverá muito de uma em detrimento da outra (liberdade ou segurança; direitos sociais ou direitos individuais), mas o pêndulo permanecerá.

3.2 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

3.2.1 Considerações sobre a violação da liberdade religiosa

3.2.1.1 A violação da liberdade religiosa inserida nos costumes religiosos

Um exemplo concreto de violação é a Mutilação Genital Feminina, costume sócio-cultural que causa danos físicos e psicológicos irreversíveis, e ainda, é responsável por mortes de meninas. Pode variar de brandamente dolorosa a horripilante, e pode envolver a remoção com instrumentos de corte inapropriados (faca, caco de vidro ou navalha) não esterilizados e raramente com anestesia.

Tal prática, que ocorre em 28 países africanos, além de estar presente em menor grau no resto do mundo, viola o direito de toda jovem de desenvolver-se sexualmente de um modo saudável e normal.

Têm-se promulgado leis para ilegalizar e criminalizar esse costume. Embora muitos códigos penais não mencionem diretamente os termos Excisão Feminina ou Mutilação Genital Feminina, é perfeitamente enquadrado como uma forma de “abuso grave de criança e de lesão corporal qualificada”.

Vários organismos internacionais, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), têm envidado esforços para desencorajar a prática da mutilação genital feminina. A Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em setembro de 1990, considera-a um ato de tortura e abuso sexual.

A Assembleia Geral da ONU, aos dias 26 de novembro de 2012, aprovou uma resolução que condena a MGF, inclusive com a aprovação de vários líderes africanos, demonstrando a inexistência de apoio à prática, que carece de comprovação por meio dos textos sagrados, baseando-

se friamente na crença da pureza da mulher, e que seus órgãos genitais contribuem negativamente para sua formação.

Não se olvida também a questão da circuncisão (masculina) a crianças, que ao contrário do que se acredita, não é uma prática judaica, mas provavelmente egípcia, já que os fenícios, sírios e os habitantes da palestina confessaram terem-na recebido dos egípcios. Quanto à Etiópia, também é provável que tenha sido o mesmo caso (VOLTAIRE, 2002, p. 157-162).

É muito provável que os egípcios, que veneravam o instrumento da geração e carregavam-lhe a imagem em suas procissões, tivessem a idéia de oferecer a Isis e Osíris, deuses que presidiam a todos os fenômenos de reprodução, uma partícula do membro por que quiseram essas divindades que o gênero humano se perpetuasse (VOLTAIRE, 2002, p. 151-162).

Além das mutilações que ora se discorre, uma outra forma de violação de direitos humanos em razão da imposição religiosa que ocupa os holofotes internacionais nos últimos anos é o polêmico uso da burca. O tema deve ser abordado cautelosamente.

É importante analisar que, tanto a imposição do uso da burca quanto a sua proibição, podem materializar violação da dimensão básica da dignidade humana. Quando é imposto por uma cultura e/ou religião o uso da burca à mulher, viola-se um atributo congênito, resultando em seu tratamento como coisa. Da mesma forma, proibindo-se a utilização, também materializa a mulher, impedindo-a de exercer a sua liberdade de crença e de escolha (BAEZ, 2011, p. 42), implicando numa incapacidade de decidir por si mesma qual o tipo de vida quer adotar para si em busca de sua auto-realização.

Observando a relevância dessa liberdade, é comum encontrar padres fora de seus templos católicos envergando vestimentas sacerdotais, como batinas e crucifixos; judeus exibindo em festas ou em público, nas ruas, sua Kipa e a utilização das burcas por mulheres muçulmanas (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 330).

As diferenças religiosas, como exemplificadas acima, devem ser levadas em consideração, sob efeito de tornar verdadeiras circunstâncias as afirmações dos teóricos relativistas sobre direitos humanos, que afirmam que, em razão da influência da cultura ocidental, a aplicação de uma dimensão básica ou universal de direitos humanos beneficiaria economicamente as grandes potências mundiais do Atlântico Norte, justificando ainda a invasão e a subjugação de países que se opõem, violando o direito de não intervenção na autonomia dos povos (BAEZ, 2011, p. 42).

O filósofo *John Locke* esclarece, brilhantemente, que não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado) que deu origem à maioria das guerras que se manifestaram no mundo cristão fundadas na religião, mas sim a intolerância para com os que têm opinião diversa (LOCKE, 2007).

Conclui-se, portanto, como bem salienta *Voltaire*, que os antigos costumes orientais são tão diferentes dos nossos, mas nada parecerá extraordinário a quem quer que tenha um pouco de leitura. “Um homem do ocidente fica admirado ao saber que os hotentotes cortam aos filhos um dos testículos. Os hotentotes ficariam admiradíssimos se soubessem que os parisienses conservam os dois.” (VOLTAIRE, 2002, p. 161-162).

É essencial que em sociedades multiculturais, haja a compreensão acerca das diferenças entre as diversas culturas existentes no seu meio. Em outras palavras, é indispensável que as culturas removam a sua “lente cultural” ao enxergarem umas às outras, pois é a única forma de convivência. Isso é especialmente relevante na questão das religiões, que também fazem parte do espectro cultural das sociedades.

3.2.1.2 A manutenção da religião na família pelos pais: violação da liberdade religiosa?

A família também é compreendida como sujeito institucional da liberdade religiosa, e esse direito garante os pais na orientação da educação religiosa dos filhos menores.

No magistério da Igreja Católica, a liberdade religiosa da família é reconhecida pelo art. 2º do Protocolo Adicional n. 1 à Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1952.

É interessante ainda a inovação do Protocolo Adicional n. 1 à Convenção Europeia, de 1952, que veio dispor, em seu art. 2º, o direito do Estado, no exercício das funções que assumir no domínio da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais e assegurar esta instrução e este ensino segundo as suas convicções religiosas e filosóficas.

Da mesma forma, o art. 18º, n. 4, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, abrange, no que tange à liberdade religiosa, o que segue: “Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.” Ainda, o art. 13º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, declara o direito de os pais fazerem que os seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa ou moral de acordo com as suas próprias convicções. Portanto, a norma do PIDESC tutela os direitos dos pais e tutores legais já reconhecidos pelo Protocolo Adicional n. 2 à Convenção europeia e pelo PIDCP, e ainda inova, permitindo o direito de escolher escolas diferentes das estatais como uma consequência do direito dos pais e tutores a que os seus filhos ou pupilos recebam uma educação religiosa ou moral de acordo com as suas convicções (ADRAGÃO, 2002, p. 90-92).

A Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância ou de Discriminação Fundadas sobre a Religião ou Convicção, de 1981, objeto de aprovação unânime, também reconhece aos pais o direito aos pais de organizar a vida, dentro da família, de acordo com a sua religião (art. 5º, § 1º e § 2º).

Para *Jayme Weingartner Neto*, os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao *poder familiar*, que é exercido por ambos os pais, ou exclusivamente por um deles, na falta ou impedimento do outro (arts. 1.630 e 1.631 do Código Civil), conforme dispõe ainda o art. 21 do ECA: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

No Brasil, conforme explica *Weingartner*, presume-se a maioria religiosa ao início da adolescência, que, conforme o art. 2º da Lei n. 8.069/90, inicia aos 12 anos. Essa maioria religiosa é afastável por demonstração de imaturidade biopsicossocial para o ato (*WEINGARTNER NETO*, 2007, p. 229).

Já na Constituição da República da Alemanha, por exemplo, concede-se ao menor o direito exclusivo de decisão sobre a mudança de sua religião aos 14 anos. Assim, é defeso, na Alemanha, um menor de 13 anos abandonar sua religião sem o consentimento dos pais.

A peculiaridade do direito dos pais à educação dos filhos consiste no fato de que se trata de um direito subjetivo dos pais no interesse dos filhos. Por um lado, contém competências decisórias e, por outro, está limitado no tempo e no conteúdo. No tempo, até o menor atingir uma determinada idade, adquirindo capacidade para a sua autodeterminação quanto à respectiva questão material; no conteúdo, limitado aos meios úteis para a educação (*PIEROTH; SCHLINK*, 2012).

3.2.2 O caso de transfusão de sangue das testemunhas de Jeová

3.2.2.1 A religião das Testemunhas de Jeová

O movimento religioso conhecido hoje como Testemunhas de Jeová teve seu início nos anos 1870.

Esta é a única organização religiosa a alcançar 239 países e territórios pelo planeta. Segundo o censo de 2010 do IBGE, existem 1.393.208 de seguidores desta religião somente no Brasil.³⁸ Tais informações levam em consideração apenas os batizados, e não os meramente simpatizantes.

O caso da transfusão de sangue é polêmico, pois as Testemunhas, em razão de suas crenças, estão proibidas de aceitar sangue ou seus componentes primários por quaisquer vias. Essas disposições são encontradas na própria Bíblia, como por exemplo nas três seguintes passagens:

Gênesis 9:4. “Mas não comam carne com sangue, que é vida.”

Embora tivesse permitido que Noé e sua família passassem a se alimentar de carne animal após o Dilúvio, Deus os proibiu de comer o sangue. Ele disse a Noé: “Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer.” Desde então, isso se aplica a todos os humanos, porque todos são descendentes de Noé;

Levítico 17:14. Porquanto a vida de toda a carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado.

“Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.” Para Deus, a alma, ou vida, está no sangue e pertence a Ele;

Atos 15:20. “Abstenham-se do sangue.” Deus deu aos cristãos a mesma proibição que deu a Noé. A História mostra que os

³⁸ Dado disponível na internet em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2014.

primeiros cristãos não consumiam sangue, nem mesmo para fins medicinais.

O ponto de vista das Testemunhas é muito criticado pelos adeptos das demais religiões, geralmente sendo taxado de ignorância ou obscurantismo. Porém, ao estudar o caso com frieza científica e acadêmica, a conclusão pode ser diferente, isto é, pode ser que essas críticas sejam o resultado de uma forma de intolerância religiosa.

Primeiramente, as Testemunhas de Jeová não temem a morte, o que não significa que não lutam por suas vidas. Os adeptos acreditam na medicina e na ciência moderna, mas em um caso de risco de morte, não a temem, e se for em contrapartida à sua fé, optam pelo respeito às Escrituras (ODY, 2009, p. 100).

Segundo informações do site *Jehova's Witnesses*, é preciso desmitificar o fato de que inúmeras Testemunhas de Jeová, principalmente crianças, morrem todo ano por não aceitarem transfusão de sangue. Segundo o site, essa é uma afirmação de senso comum sem nenhuma base, eis que há vários procedimentos alternativos – porém, o site não cita exemplos – que podem ser utilizados sem a transfusão de sangue e, geralmente, são até mais eficazes (POR QUE..., 2014).

3.2.2.2 A balança da autonomia e da heteronomia

Pelo entendimento de Luís Roberto Barroso, é possível detectar uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia. Dentro da perspectiva histórica, a Constituição de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Assim, a Carta deu ênfase às liberdades individuais e garantias procedimentais. A heteronomia gira em torno de conceitos indeterminados como “moral pública” e “bons

costumes”, por exemplo, que sequer figuram no texto constitucional brasileiro (BARROSO, 2014).

Os direitos fundamentais ocupam uma posição de centralidade no ordenamento jurídico, envolvendo a autonomia privada, a autonomia pública e o mínimo existencial. Possuem como característica essencial a sua indisponibilidade, presente inclusive no art. 11 do Código Civil, com as expressões intransmissíveis e irrenunciáveis.

Porém, essa terminologia de irrenunciabilidade parece imprecisa, se for colocada em contraposição à autonomia privada, pois muitas formas de afronta à dignidade humana podem existir de acordo com o sistema jurídico, caso haja aceitação do indivíduo. É possível, que em uma concepção subjetiva, o titular de um direito fundamental abra mão de certas posições jurídicas de forma legítima. Entretanto, deve-se ter a cautela de que o mero consentimento do titular não é suficiente para legitimar uma flexibilização do direito à vida.

Sempre que há colisões entre direitos fundamentais, deve-se proceder à uma análise do caso concreto, utilizando argumentos razoáveis e a ponderação adequada, à luz da Constituição.

3.2.2.3 O constrangimento ilegal na transfusão de sangue das Testemunhas de Jeová

Há vários países que adotam o entendimento de aceitação da recusa de transfusão de sangue, pelas convicções religiosas. É o caso da Itália,³⁹ Espanha,⁴⁰ EUA⁴¹ e Canadá.⁴² Além disso, também existe previsão

³⁹ Sentença n. 23676/2008 e Sentença n. 11335/2008 da Corte de Cassação italiana.

⁴⁰ Lei nº 41/2002: “Artículo 2. Principios básicos [...] 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.”

⁴¹ Caso St. Mary’s Hospital v. Ramsey.

⁴² Health Care Consent Act, art. 26: O agente da saúde não deverá realizar tratamento, conforme o estabelecido na seção 25, se o agente da saúde tiver motivos razoáveis para acreditar que a pessoa,

no Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela OMS em 2000: “[...] o paciente deveria ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento.” (BARROSO, 2014).

No direito constitucional brasileiro vigora o princípio do direito geral de liberdade, previsto expressamente na CFRB em seu art. 5º, inciso II: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Se aceitarmos a autonomia em detrimento da heteronomia, então é possível concluir que os direitos fundamentais são, em princípio, disponíveis. É claro que há exceções. Nessas hipóteses, o Estado, possuidor do ônus argumentativo, deverá demonstrar de que se trata de uma restrição legítima, e não uma violação à liberdade de escolha. Caso o interesse do indivíduo fosse absolutamente suprimido em prol da dignidade humana, ainda que de sua própria dignidade, daria espaço assim a um totalitarismo dos direitos humanos (BARROSO, 2014).

O Código Civil de 2002 demonstra uma tendência desta predominância da autonomia privada, dispondo em seu artigo 15 que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.” O dispositivo apresentado não consagra a ideia de que a vida deve ser mantida a qualquer custo.

Já o Código Penal que vigora até então, criminaliza em seu art. 146 o constrangimento de alguém a fazer o que a lei não manda, ou deixar de fazer o que ela permite. Contudo, o próprio dispositivo, em seu § 3º, I, determina que não se compreende no artigo o ato de intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

enquanto capaz e após completar 16 anos de idade, expressou um desejo, aplicável às circunstâncias, de recusa a consentimento ao tratamento.

No entanto, penalistas como Luiz Régis Prado entendem que, pela determinação do Código Penal de perigo de vida, deve ser entendida somente a iminente e concreta probabilidade de um resultado letal. O mal causado, que consiste na violação da liberdade pessoal, deve ser menor do que aquele que se pretende evitar, a morte (PRADO, 2007, p. 50).

Este mesmo entendimento pode ser encontrado na obra de dissertação de mestrado de Ody (2009, p. 116), da PUC-RS:

Desse modo, a exceção contida no crime de constrangimento ilegal, que confere poderes ao médico para intervir na liberdade individual do paciente, necessita de uma releitura, ao pé da Ordem Constitucional e seus princípios imanentes. Seria um contrassenso interpretar tal exceção, posta no Código Penal de 1940, na atualidade, sem levar em consideração a conquista dos direitos pessoais, consagrados na Carta Política.

Do ponto de vista da dignidade como autonomia, chega a ser paradoxal um ordenamento jurídico que garanta ao indivíduo uma série de direitos individuais, como a liberdade de consciência, filosófica, política e religiosa, assegurando seu exercício, enquanto vigora um Código Penal que permite ao médico, no exercício de suas funções, invadir o livre gozo de liberdade de consciência do paciente.

A questão do caso em apreço coloca dois direitos fundamentais na balança. De um lado, está o direito a vida humana, e de outro, a liberdade religiosa.

O direito a vida possui condição especial dentre todos os demais direitos (mas é importante lembrar que não existe hierarquia dentre direitos fundamentais), eis que optar pela sua flexibilização pode ser uma escolha trágica, sem mencionar que é pré-requisito para exercício dos demais direitos. A única previsão constitucional de flexibilização do direito

à vida é no caso da pena de morte em circunstância de guerra declara (art. 5º, XLVII).

Ainda assim, mesmo o direito à vida, como nenhum direito, pode ser absoluto. A assunção do risco de morte pode ser flexibilizada de forma legítima quando se tratar do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito.

O que é relevante no caso, não é avaliar o mérito da convicção religiosa, o acerto ou desacerto do dogma sustentado pelas Testemunhas de Jeová. O que realmente deve ser considerado é o direito destes indivíduos de orientarem suas próprias vidas de acordo com o padrão ético que escolherem, e até mesmo de abandoná-los a qualquer momento.

O Min. *Luís Roberto Barroso* (2014), em texto publicado em 2010, afirmou, de forma muito bem fundamentada, o seguinte:

Relembre-se, como já assinalado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão deverá respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

Essa declaração de vontade deverá ser expressada, no entanto, de maneira válida e inequívoca. Válida no sentido de ser expressada por uma pessoa civilmente capaz e que esteja em condições adequadas

de discernimento, excluindo-se, portanto, as pessoas em estados psíquicos alterados, como em situações traumáticas ou sob o efeito de medicamentos que afetem significativamente a cognição. Além disso, essa manifestação de vontade deve ser inequívoca, no sentido de ser personalíssima, expressa e atual. Obviamente, o consentimento deve ser genuíno e livre, isto é, sem interferências ou ameaças.

Havendo a morte do paciente, é impossível, por tais fundamentos, enquadrar o médico na conduta criminosa de homicídio ou omissão de socorro, eis que o mesmo agiu respeitando a manifestação de vontade que implica no direito de liberdade religiosa do paciente, combinado com os princípios constitucionais que incidem na hipótese.

Assim, interpretando os direitos fundamentais como predominância da autonomia no que tange à dignidade da pessoa humana, resta impossível a dispensa da obtenção de consentimento do paciente para intervenções cirúrgicas que vão de encontro com suas liberdades de religião e consciência, ressalvando o caso de risco de morte iminente em que seja impossível obter esse consentimento, como por exemplo em razão do estado de inconsciência.

3.3 ESTADO E LAICIDADE

3.3.1 Laicidade versus laicismo

Neste tópico aborda-se superficialmente a questão, especialmente remetendo aos argumentos apresentados por *Aloísio Cristovam dos Santos Junior* em seu artigo *Laicidad y libertades*, sendo que o autor trata do tema com maestria. Sobre este assunto, recomenda-se a leitura do artigo citado, e de seu livro, *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho* (2013), publicado pela editora Impetus.

Grande parte da doutrina européia divide a idéia de *laicidade* e *laicismo*, sendo que a primeira é reservada para designar uma atitude de *neutralidade benevolente*⁴³ por parte do Estado face à religião, uma não intervenção do Poder Público justificada pelo respeito ao fenômeno religioso. O termo *laicismo*, por sua vez, exprime uma ideologia indiferentista ou até mesmo uma aberta hostilidade à religião, enclausurando-a meramente no mundo da consciência, sendo reduzida a questão de foro íntimo. Neste caso, o Estado adotaria atitudes que afastariam qualquer influência no espaço público (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 12).

A laicidade exige determinada separação entre o Estado e os grupos religiosos. O grau de separação, a importância que se atribui à neutralidade estatal e a valoração que se faz do fenômeno religioso são elementos que, combinados, permitem estabelecer dois modelos distintos de laicidade, na forma proposta por *José Luiz Martí*, um forte e um débil (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 12).

O forte consiste em circunscrever o exercício religioso à esfera privada, havendo neutralidade do Estado não apenas às crenças, mas também ao ateísmo e agnosticismo. O Estado não permitiria qualquer intervenção das religiões em assuntos políticos, sequer questionando a importância das crenças. A França seria, portanto, o exemplo que mais lhe corresponde.

O débil, por outro lado, ainda que não tome partido, fomenta o valor das crenças religiosas, não descartando a cooperação entre as instituições do Estado e as organizações religiosas. É a interpretação comum do preceito de aconfessionalidade na Constituição espanhola, associada

⁴³ Nome curioso atribuído à laicidade brasileira por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Religião, estado e direito*. Revista Direito Mackenzie, ano 3, n. 2, p. 89). Para demonstrar esse modelo de laicidade brasileira peculiar, basta comparar a CF/88 com as vigentes na Alemanha, Espanha, França, Portugal, Itália e EUA, eis que apenas a alemã refere-se em seu preâmbulo a Deus, e em nenhuma delas há garantia de imunidade tributária das organizações religiosas, como prevista no texto brasileiro, bem como ocorre o mesmo com a assistência religiosa em instituições de internação coletiva. No entanto, é comum a quase todas a rejeição expressa à discriminação por motivos religiosos (SANTOS JUNIOR, 2011).

também aos Estados Unidos. No caso da Constituição americana, *Thomas Jefferson* utilizou a consagrada expressão *wall of separation* para designar justamente o objetivo perseguido pela *establishment clause* da primeira emenda (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 12).

Entretanto, *Aloísio Cristovam dos Santos Jr.* entende que a forma ou debilidade de um modelo de laicidade deve residir na capacidade de oferecer soluções à questão religiosa de um modo ajustado às demandas sociais e às expectativas dos cidadãos. Afirma, em consequência, que a bipartição forte-débil não supera a dicotomia laicidade-laicismo, sendo as duas formas de separação equivalentes, consistindo a diferença no fato de que a classificação forte-débil, de *José Luiz Martí*, é apresentada com base na experiência histórica, ou seja, na prática, ao passo que a distinção laicidade-laicismo se apresenta, geralmente, em termos ideais (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 12).

Pela classificação do alemão *Winfried Brugger* - que possibilita uma visão mais clara da multiplicidade de formas de interação entre o Estado e as organizações religiosas - há seis modelos de relacionamento entre Igreja e Estado (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 13):

- (1) modelo de animosidade agressiva entre Estado e Igreja;
- (2) modelo de estrita separação, na teoria e na prática;
- (3) modelo de estrita separação na teoria, mas de acomodação na prática;
- (4) modelo de divisão e cooperação;
- (5) modelo de unidade formal da Igreja e do Estado, com divisão material;
- (6) modelo de unidade formal e material da Igreja e do Estado.

Ninguém discute que o sexto modelo seja antípoda do Estado laico, no entanto, há de se reconhecer também que o primeiro modelo também possa ser enquadrado em uma noção de anti-laicidade, ou seja, de laicismo, nos termos já expostos, eis que o princípio da laicidade não

ampara uma atitude de hostilidade ou de discriminação à religião (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 16). Assim, os modelos restantes, referentes aos itens 2 a 5, são formas aceitas do que pode ser considerado laico, com o item 1 sendo o laicismo.

Mas é certo que o respeito à liberdade de convicção não pode se restringir à Liberdade de Culto Religioso ou agremiações para a veiculação de ideologias, sendo necessário uma proteção mais ampla, compreendendo o respeito à exteriorização do comportamento para além dos templos religiosos, consentâneo com a convicção, como forma de garantia da dignidade de cada um, em sua diversidade (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 330).

3.3.2 Surgimento da definição de laicidade

A história da laicidade é marcada especialmente a partir do séc. IV d.C., quando, ainda nos primeiros séculos da Igreja Católica, mas após o Édito de Milão, em 313, promulgado por Constantino, e que estendia tolerância ao cristianismo, viu-se inúmeros conflitos de competência entre a Igreja e o Estado.

Santo Ambrósio, grande bispo de Milão, do séc. IV, chegou a proclamar que “os palácios pertencem ao imperador, as igrejas aos sacerdotes”, e o *Papa Gelásio* fixou a doutrina que mais tarde seria designada pela “fórmula das duas espadas”, de acordo com a qual o mundo estaria submetido a dois poderes, um espiritual e outro temporal. Na prática, no entanto, essa linha era comumente ignorada e o poder civil exercia uma autoridade cada vez maior sobre questões sagradas (WOODS JUNIOR, 2008, p. 178).

No ano de 325 d.C., o imperador Constantino inclusive convocou uma assembléia que passaria a ser o primeiro concílio ecumênico⁴⁴ da história da Igreja Católica. A finalidade principal era tratar do tema polêmico do arianismo, uma heresia que negava a divindade de Cristo. Os séculos seguintes presenciaram interferências ainda maiores do Estado na Igreja. Os reis dos francos designavam as pessoas que deviam ocupar cargos na Igreja e até as instruíam em matérias de doutrina sagrada. O mesmo ocorreu mais tarde com os monarcas da França e da Inglaterra, assim como outros governos do Norte e do Leste europeu. Em 794, Carlos Magno convocou e presidiu a um concílio da Igreja, em Frankfurt. Durante o século XI, os reis-imperadores das terras germânicas designavam não apenas os bispos, mas também os papas (WOODS JUNIOR, 2008, p. 178).

O papa Gregório VII, um dos papas mais influentes da História, na tentativa de reverter a decadência interna da Igreja, entendia que, enquanto os poderes leigos continuassem a designar os párocos e os abades, só poderiam multiplicar-se os candidatos espiritualmente incapacitados para esses ofícios. Assim, ele deu um passo decisivo ao definir o rei como um simples fiel, sem nenhuma função religiosa além das que tinha qualquer outro cristão (WOODS JUNIOR, 2008, p. 179-180).

É claro que, no passado, os reformadores da Igreja já compreendiam como erro reconhecer aos governantes civis o direito de preencher os cargos da Igreja, no entanto, o rei era uma exceção, pois considerava-se uma figura sagrada, com direitos e responsabilidades religiosas, havendo

⁴⁴ Segundo os cânones 337 e 341 do Código de Direito Canônico, um concílio ecumênico (ecumênico: universal, ou seja, toda a Igreja Católica) é uma reunião de todos os Bispos da Igreja para reflectir sobre pontos de doutrina e de disciplina que precisam de ser esclarecidos, promulgar dogmas, corrigir erros pastorais, condenar heresias e, em suma, dirimir sobre todas as questões de interesse para a Igreja universal. É convocado e presidido pelo Papa ou por algum Bispo, isso porque não é necessário o Papa estar presente para a realização de um concílio, mas para ele ser válido precisa de sua confirmação.

Os concílios são divididos em dois grupos: os ecumênicos, a partir do Concílio de Nicéia, em 325 d.C., que resultaram em vinte e um concílios, o mais recente sendo o 2º Concílio do Vaticano, na década de 60, e os pré-nicenos, que nunca chegaram a reunir todos os bispos da Igreja, e por isso não são considerados ecumênicos, sendo que este grupo abrange apenas quatro concílios, entre o período de 51 d.C. a 314 d.C.

ainda quem fosse mais longe e sustentasse que o a sacração de um rei era um sacramento, ou seja, um ritual que, como o Batismo e a Sagrada Comunhão, conferia a graça santificante à alma de quem o recebia.

Com a reforma gregoriana, clarificaram-se então os limites que deviam separar a Igreja e o Estado, de modo que a Igreja gozasse da liberdade necessária para desempenhar sua missão.

Entretanto, o vocábulo *laico* é empregado hodiernamente em um sentido que causaria perplexidade aos que viveram nos primeiros séculos da era cristã. *Laico*, do grego *laos*, que significa povo, constituía uma expressão que identificava a totalidade dos cristãos, mas, em um segundo momento, passou a ser utilizada para designar os fiéis, em distinção aos sacerdotes, ou seja, aqueles batizados como cristãos, mas que não se dedica ao “ofício divino”, empregando-se em negócios mundanos (SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 208-209).

A partir dos séculos XIV e XV, no entanto, o vocábulo é substituído do sentido de distinção para o de oposição, designando as iniciativas que contestam a supremacia do clero e reivindicam maior participação dos fiéis no governo eclesiástico. Entretanto, com o iluminismo, a expressão passa a ser utilizada para denominar a doutrina política que prega o afastamento da religião da vida sociopolítica (SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 208-209).

Machado (2013, p. 55) lembra que são as reformas protestantes que mostraram ser intolerável a interferência entre Estado e Igreja:

As célebres palavras de Jesus Cristo, “dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”, sempre causaram incomodidade e seus resquícios ainda perduram hoje. Mas é com as reformas protestantes dos séculos XVII e XVIII que se tornou evidente o modo como as coligações teológico-políticas, ao misturarem os dois domínios, Estado e Igreja, acabavam por interferir de forma intolerável na consciência, na autonomia, na fé, na responsabilidade pessoal e na autenticidade individual.

Mas, inclusive, ainda antes destas reformas, o surgimento do Estado moderno tem como um de seus principais antecedentes a revolução papal de caráter hierocrático de Gregório VII, que conseguiu estabelecer a unidade política e jurídica da Igreja Católica Romana ao emancipar-se de imperadores e reis feudais. E assim, mais tarde, com o impulso da reforma protestante e o delibitamento dos poderes políticos e religiosos universais (império e papado), o Estado nacional secular surge como uma nova realidade (SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 208-209).

A conquista da liberdade religiosa somente se consumou com as revoluções liberais do século XVIII e a superação da máxima *cuius regio, eius religio*, ou seja, o súdito segue a religião do rei.

Sobre a evolução desta separação dos poderes estatais, ou Estado secular, *John Locke*, em *Two treatises of civil government*, inspirou *Montesquieu* a publicar *De l'Esprit des Lois*, que por sua vez, influenciou *Blackstone*, que em 1765 publicou *Commentaries on the laws of England*, e tal obra passou a fundamentar a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12/06/1776 (ALTAFIN, 2007, p. 10). A primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, de 1787, previu a separação entre a religião e o Estado.

Thomas Hobbes, por sua vez, em razão da anarquia provocada pelas guerras de religião, propôs eliminar o conflito entre as várias igrejas eliminando a causa mais profunda do conflito, a distinção entre o poder do Estado e o poder da Igreja. Sua intenção é de que não haja outro poder a não ser o do Estado e que a religião seja reduzida a um serviço.⁴⁵

Para *Craig Martin*, no entanto, chamar a mudança na relação entre Igreja e Estado de “separação” é inadequado, já que o que de fato ocorreu foi uma mudança de articulação da circulação de poder entre uma coisa e outra. *Martin* enfatiza a necessidade do uso de novas ferramentas analíticas para melhor compreender essas circulações de poder (SANTOS JÚNIOR, 2012).

⁴⁵ Cf. Bobbio (1995, p. 37).

3.3.3 A laicidade nas constituições brasileiras

Pode-se afirmar, de modo apodítico, que o ser humano, como um ser social, possui necessidade de transmitir seu pensamento para os outros homens (FREITAS; CASTRO, 2012. p. 330). Para que isso ocorra, exige-se que o Estado possua normas para garantir as formas de pensamento, sejam elas individuais ou coletivas, já que uma convicção, filosófica ou religiosa, não se restringe apenas ao foro íntimo, implica a exteriorização de um agir em sociedade. No caso da religião, essa transmissão de pensamento ocorre também com o proselitismo religioso, que é proibido em alguns países, como por exemplo na Armênia.

Ao longo da história, diferentes sociedades e seus correspondentes ordenamentos jurídicos deram ênfase a alguns princípios mais do que a outros, ora de maneira legítima, ora de maneira ilegítima (Estados Absolutistas, por exemplo). Alguns Estados reforçam o princípio de cooperação até o ponto que o princípio da laicidade se veja diminuído, enquanto outros fazem prevalecer o princípio da laicidade até o ponto de vulnerar a liberdade religiosa. Portanto, os princípios informadores do Direito da Religião devem ser interpretados mediante uma avaliação do conjunto, pois eles estão estreitamente inter-relacionados, constituindo limites uns em relação aos outros. Deve-se reconhecer que os princípios do Direito da Religião devam-se aplicar-se em perfeita harmonia com os valores superiores e princípios fundamentais da Constituição (HUACO, 2008, p. 40).

Entende-se hoje, no ocidente, que a liberdade de crença somente estará definitivamente efetivada em um Estado laico ou não-confessional, ao contrário inclusive do sistema confessional (interferência da Igreja no Estado) ou regalista (interferência do Estado na Igreja), o qual possui forte vínculo com uma determinada religião, porém tolera a existência

de outras religiões (ou a descrença), como era o caso da Carta Imperial de 1824, que em seu art. 102, IV e XIV, concedia a atribuição ao chefe do executivo, o imperador, nomear bispos, prover os benefícios eclesiásticos e “[...] conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concílios, e Letras Apostólicas, e quaisquer outras Constituições Ecclesiásticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo aprovação da Assembléa, se contiverem disposição geral [sic].” (BRASIL, 1824).

A laicidade não significa que o Estado adotará uma perspectiva hostil à religião, conforme já foi visto, mas também não significa a adoção de um panorama ateuista, eis que até mesmo o ateísmo, ao negar a existência de Deus, é uma forma de crença religiosa, e que também, pelo princípio da laicidade, não pode ser privilegiada em detrimento a qualquer outra cosmovisão (SARMENTO, 2007, p. 3). Porém, o princípio da laicidade é sustentado, aprioristicamente, por premissas teístas.

Sobre isso, ressalta-se que, para Machado (2013, p. 124), uma visão do mundo ateuista e materialista não consegue justificar racionalmente os valores do Estado Constitucional, de forma coerente e consistente, não há sentido pressupor uma visão do mundo ateuista e materialista que incorpore uma predisposição favorável à mesma. O Estado Constitucional, pela sua estrutura axiológica, só tem sentido, do ponto de vista lógico e racional, se forem verdadeiras determinadas pressuposições teístas.

Para este autor, existe uma margem razoável de neutralidade religiosa e ideológica do Estado, mesmo dando como adquiridas as premissas teístas do Estado Constitucional. Essa neutralidade tem que ser entendida em termos relativos, enquanto garantia institucional da existência de liberdade de consciência de religião e de uma esfera de discurso público em que o fundamento, o sentido e as implicações dessas premissas possam ser sujeitas a exame crítico permanente (MACHADO, 2013, p. 124-125).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 seguiu a orientação francesa. A Carta do Império refletia o pensamento da época, ao declarar os direitos naturais e suas garantias em trinta e cinco itens, tendo como base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179). Na organização estatal da época, após a independência, o cristianismo era evidente. A Constituição foi outorgada em nome da Santíssima Trindade, como também assim dizia o seu art. 5º: “A Religião Cathólica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império.” No mesmo artigo permitia todas as outras religiões com seu culto doméstico ou em casas para isso destinadas. Da mesma forma, no art. 179, V, ninguém poderia ser perseguido por motivos de Religião, desde que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública (GALDINO, 2006, p. 71).

Em 1861, o Governo Imperial amplia os direitos das demais religiões pelo Decreto n. 001144, de 11/09/1861, estendendo os direitos civis do casamento, desde que celebrados na forma das leis do Império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, bem como os registros, nascimentos e óbitos das ditas pessoas, garantindo ainda as condições necessárias para que os pastores dessas religiões possam praticar atos que produzam efeitos civis.

Como já foi mencionado, na Constituição Imperial, havia a *união* entre Estado e Igreja, que foi desfeita antes mesmo da Constituição de 1891, com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 e o advento do Decreto 119A, de 7 de janeiro de 1890.

Destacam-se, entre os subscritores do Decreto, nomes como *Rui Barbosa* e *Demétrio Ribeiro*, que se manifestaram aberta e incisivamente pela separação entre Estado e Igreja.

As constituições posteriores mantiveram a Igreja Católica separada do Estado. A de 1934, inspirada na de Weimar, distinguiu liberdade de consciência e de crença, garantiu o livre exercício de cultos religiosos, assistência fora dos templos, facultativa nas expedições militares, nos

hospitais, penitenciárias e outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos. A de 1937 assegurou a liberdade de culto e secularização dos cemitérios. A Carta de 1946 declarou ainda a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto e a liberdade de convicção religiosa, filosófica ou política. A de 1967 não previu a liberdade de crença, mas apenas de consciência, assegurando aos crentes o exercício dos cultos religiosos (GALDINO, 2006, p. 15).

Também já foi visto, anteriormente, que, dentre as constituições republicanas, a de 1891 foi a que mais se empenhou em afastar o Estado da religião, ao passo que a CF/88 é a mais respeitosa e tolerante neste sentido.

Há países que se relacionam mais intimamente com o fenômeno religioso do que no Brasil. Um exemplo é a Inglaterra, a qual possui uma ligação institucional com a Igreja Anglicana, sendo que no país há, inclusive, clérigos ocupando assentos na Câmara dos Lordes (GALDINO, 2006, p. 20).

Compreendidas as considerações aqui apresentadas, o próximo passo é estudar alguns casos práticos que ocorreram no Brasil em razão do princípio da laicidade do Estado.

3.3.4 O caso do crucifixo nos órgãos públicos e outras questões sobre a confessionalidade do Estado

3.3.4.1 Os crucifixos nos órgãos públicos

Recentemente, no Brasil, destacaram-se as questões acerca do uso de símbolos religiosos em repartições públicas, como nos Tribunais e no Palácio do Planalto, além da impressão da expressão “Deus Seja Louvado” na moeda nacional, sob o fundamento de que não condizem

com o sistema religioso laico do Estado, que implicaria, em tese, na imparcialidade religiosa.

Primeiramente, a Cruz Cristã, utilizada essencialmente nos ritos cristãos, possui uma simbologia dualista, já que, por um lado, significa sofrimento, certamente porque o Messias desta religião sofreu ao carregá-la e, logo após, sofreu e morreu ao ser crucificado. Entretanto, o cristianismo convém que a morte de Cristo na cruz é um fator essencial de seu sacrifício e a redenção dos pecados. Também pode-se dizer que é dualista por exprimir os dois extremos, a morte, o nada, o mundo físico, pela trave horizontal, e a ressurreição, o infinito e o mundo espiritual, pela trave vertical. O fato de apontar para cima também enfatiza a sua trave vertical.

Muitos criticam o uso da cruz, mesmo dentre os cristãos, sob o fundamento de que é um símbolo pagão. Ocorre que este símbolo (bem como a suástica, forma de cruz que erroneamente é atribuída como derivada do nazismo), é na verdade derivado de civilizações muito antigas, não sendo possível afirmar com absoluta certeza o seu significado originário ou sequer a sua própria origem.

A cruz, no alfabeto hebreu, ou seja, o *Tau*, é a última letra; na matemática, a cruz possui, desde a época dos babilônios, o sentido de multiplicação e soma.

A partir da modernidade, a cruz, além de expressar a cultura ocidental, de influência cristã, também é o símbolo específico do Cristianismo. Na cristandade, possui conteúdo teológico determinado, que é a libertação do homem do pecado original, a vitória de Cristo sobre a morte e, sendo assim, representa a vida eterna.

Compreendido o significado simbólico da cruz, cabe aqui tentar demonstrar o seu enquadramento nas esferas público e privada, sob a ótica de um Estado considerado laico.

Para o *Ministro Gilmar Mendes*, em uma entrevista em 2009, afirmou que muito do que é considerado símbolo religioso, na verdade é a expressão da civilização ocidental, que é majoritariamente cristã, sendo que a questão da laicidade não deve ser levada aos extremos. Por outro lado, também afirmou, na mesma oportunidade, que se fosse uma decisão do Supremo, mandaria retirar todos os símbolos da Corte (AZEVEDO, 2009).

O tema, acerca de sua utilização em órgãos públicos, remonta inclusive à questão do crucifixo em sala de aula, na qual o Tribunal Constitucional alemão julgou ainda em 1995, ao considerar o Regulamento Escolar para as Escolas Públicas da Baviera nulo, por ser incompatível com a liberdade de crença, ao colocar uma cruz ou crucifixo numa sala de aula de uma escola estatal, que não tem o caráter confessional, violando o art. 4º, n. 1, da Lei Fundamental (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 273).

Em setembro de 2005, no Congresso de Magistrados Estaduais do Rio Grande do Sul, o juiz Roberto Arriada Lorea, defendeu proposta em prol da vedação do uso de imagens religiosas nos espaços públicos do Poder Judiciário, alegando que a sua permanência caracteriza uma aliança que afronta o artigo 19, I, da CF/88. A votação, em que pese apenas 49 presentes na oportunidade, dos 250 participantes, resultou em 25 contrários e 24 a favor da proposta.

Neste debate, os juízes que se oporam à proposta, sustentaram que a ostentação do crucifixo está em consonância com a fé da grande maioria da população e não há registro de usuário da Justiça que afirme ter sido constrangido pela presença de símbolo religioso em uma sala de audiência (GERCHMANN, 2005).

É certo que o equilíbrio entre a liberdade religiosa e outros bens constitucionalmente tutelados – possibilitados pelo princípio da laicidade – não exija que o Estado renuncie a qualquer relação ideológico-religiosa, já que ele não pode abandonar os critérios e convicções, enraizados historicamente e transmitidos culturalmente, nos quais se baseiam as

relações sociais e dos quais depende o cumprimento de suas próprias tarefas (WEINGARTNER NETO, 2007. p. 275).

O conflito não se pode resolver na base do princípio da maioria, pois o direito fundamental à liberdade religiosa protege de maneira especial as minorias. O Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento do caso dos crucifixos nas escolas públicas, afirmou que a escola pode deixar espaço, de acordo com a Constituição, ao ensino religioso, à oração e outras atividades religiosas, desde que se orientem pelo princípio da autonomia, deixando às outras crenças a possibilidade de apartar-se, de forma razoável e não discriminatória (WEINGARTNER NETO, 2007. p. 276).

Neste sentido, é importante mencionar que há um dissenso entre o Tribunal Constitucional Alemão e a Suprema Corte Americana. O primeiro valoriza a vertente positiva da liberdade religiosa, eis que a oração comum em escolas públicas foi autorizada em decisão de 1979 (garantindo que a participação seja voluntária para alunos e professores, já que proibir seria violar a liberdade de rezar das crianças dispostas). Já a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos rejeita o uso da cláusula do livre exercício (direitos religiosos positivos) para além da mera liberdade religiosa negativa (ADRAGÃO, 2002, p. 198).

Em 2012, a Advocacia Geral da União defendeu que a exposição de crucifixos ou qualquer outro símbolo religioso em prédios públicos não torna o Brasil um estado clerical, devendo ser respeitada a religiosidade dos indivíduos. Para o órgão, os julgamentos do STF sobre união homoafetiva e o aborto de anencéfalos demonstra que o Estado brasileiro é laico (SÍMBOLOS..., 2012).

Até o momento, as decisões judiciais têm sido proferidas em prol da manutenção dos símbolos, mas a discussão ainda está longe de acabar.

Visto isso, é interessante ainda recorrer a algumas outras hipóteses no Brasil sobre a confessionalidade do Estado.

Em 2003, a Secretaria Estadual de Educação do Rio de Janeiro divulgou edital de concurso para professores de religião, prevendo punição de afastamento ou demissão para o docente que “perder a fé e tornar-se agnóstico ou ateu” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2003). Tal previsão é evidentemente inconstitucional.

Ainda no mesmo ano, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul propôs ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n. 11.830, de 16/09/2002, que previa o seguinte, em seus artigos 1º ao 3º:

Art. 1º. O processo seletivo para investidura de cargo, função ou emprego, nas estruturas do Poder Público Estadual, na administração direta e indireta, das funções executiva, legislativa e judiciária e, ainda, as avaliações de desempenho funcional e outras similares, realizar-se-ão com respeito às crenças religiosas da pessoa, propiciando a observância do dia de guarda e descanso, celebração de festas e cerimônias em conformidade com a doutrina de sua religião ou convicção religiosa.

Art. 2º. É assegurado ao aluno, por motivo de crença religiosa, requerer à instituição educacional em que estiver regularmente matriculado, seja ela pública ou privada, e de qualquer nível, que lhe sejam aplicadas provas e trabalhos em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa.

Art. 3º. Os servidores públicos civis de qualquer das funções que compõem a estrutura do Estado, da administração direta e indireta, gozarão do repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, ou em outro dia da semana, a requerimento do servidor, por motivo de crença religiosa, desde que compense a carga horária exigida pelo Estatuto e Regime Jurídico único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul ou legislação especial.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, de forma unânime, pela inconstitucionalidade do referido diploma legal, haja vista que a lei era proveniente de iniciativa de membro da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, e os arts. 1º e 3º são referentes ao regime jurídico

dos servidores civis do Estado, cuja matéria é de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme o art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal.

Na mesma senda, o art. 2º, ao dispor sobre os estabelecimentos de ensino de primeiro e segundo graus, invadiu a competência normativa privativa da União, conforme disposição constitucional prevista no art. 22, XXIV da CF/88.

O Ministro *Sepúlveda Pertence* ainda sustentou que a lei, ao subordinar o andamento da administração pública aos “dias de guarda” religiosos, não seria razoável, violando o princípio da laicidade. Inclusive, acaso um crente, de qualquer fé religiosa, fizesse seus cultos na segunda-feira à tarde, teria o direito de não trabalhar neste dia e pedir reserva de outra hora para o trabalho, o que não seria razoável em um Estado laico.

Identifica-se, portanto, neste caso, a colisão do princípio da igualdade e do princípio do secularismo com o direito a liberdade de religião. Aplicando-se o princípio da cedência recíproca dos direitos fundamentais, o direito a liberdade de religião continua existindo, mas cede espaço para que o princípio do secularismo e o princípio da igualdade sejam resguardados em maior escala (OLIVEIRA, 2010, p. 95).

Vale enfatizar que esses temas são extremamente pertinentes para abordagem em uma pesquisa aprofundada de forma mais específica, pois demandam extensa pesquisa doutrinária e análise de posições do Supremo Tribunal Federal.

3.3.4.2 Exemplos de casos fora do Brasil

A discussão sobre a ostentação de símbolos religiosos já não é mais tão nova e tem sido forte também fora do Brasil.

A questão do crucifixo foi decidida pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) em 1995. A celeuma iniciou em uma escola

em *Bruckmühl*, na região da Baviera, na qual um casal prestou queixas à direção em razão da existência de um crucifixo acima do quadro negro na sala de aula, pois desejavam que sua filha fosse educada numa perspectiva ideológica neutra. A direção, obviamente, rejeitou o pedido (DEUTSCHE WELLE, 2014).

O casal levou o caso ao *Tribunal Administrativo de Regensburg*, que também rejeitou o requerimento. No entanto, a lide foi levada adiante, até o Tribunal Federal Constitucional, e este declarou que a presença de crucifixo em salas de aula das escolas públicas infringe a Lei Fundamental, precisamente em seu art. 4º, § 1º, que diz: “A liberdade de crença, consciência e liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis.”

O fato provocou revolta em diversos segmentos da sociedade, provocando um debate nacional sobre o tema, eis que, mediante pesquisas de opinião, verificou-se que a maioria dos alemães declaravam ver na cruz um símbolo de representação da própria cultura e dos próprios valores.

O estado federal da Baviera (*Bayern Länder*), no sul da Alemanha, promulgou uma lei contornando a decisão da Corte, por maioria parlamentar do partido da União Social Cristã (CSU), com a seguinte disposição: “Considerando o caráter histórico e cultural da Baviera, toda sala de aula terá um crucifixo.”

Com esta nova disposição, houveram novos litígios, inclusive dos pais da queixa original. Contudo, o Tribunal Constitucional Bávaro e o Tribunal Federal Administrativo entenderam como constitucional a nova lei, sendo que no Tribunal Federal Constitucional o recurso foi rejeitado, sem análise do mérito (DEUTSCHE WELLE, 2014).

Noutra ocasião, na França, em 11 de março de 2011, entrou em vigor a lei que proíbe o uso dos véus islâmicos conhecidos como *burca* (utilizado principalmente no Afeganistão) e *niqab* (comum na Arábia Saudita), que cobrem o corpo todo, deixando de fora apenas a região dos olhos. Vale ressaltar que, pela lei, os véus que mais são utilizados, o *hiyab* e o *chador*

(de uso obrigatório no Irã, para os adeptos da religião estatal) ainda são permitidos.

Ora, numa população de 1,5 milhões de muçulmanas, apenas cerca de 2 mil utilizavam o véu, a maioria com menos de 30 anos de idade, e parte substancial destas que utilizam, é de francesas que se converteram ao islamismo.

Uma crítica pragmática a esta lei, é o temor de que a opressão das mulheres muçulmantas aumente, já que elas simplesmente não sairiam mais de casa, ficando isoladas da sociedade, expostas ao casamento forçado. Mas a questão é ainda muito mais profunda.

É óbvio que, como sugere Žižek (2012, p. 18), o ataque supostamente universalista contra o véu, em nome da dignidade e dos direitos humanos, termina como uma defesa do modo específico de vida francês.

Vale citar as palavras do Sr. Žižek (2012, p. 18-19) nesta acepção:

Outra característica curiosa é a ambiguidade da crítica à burca: ela ocorre em dois níveis. Primeiro, é apresentada como defesa da dignidade e da liberdade das muçulmanas oprimidas – é inaceitável que, na França secular, um grupo de mulheres tenha de viver escondido, isolado do espaço público e subordinado a uma autoridade patriarcal violenta etc. No entanto, via de regra, o argumento se desloca para a ansiedade do próprio povo francês não muçulmano: os rostos cobertos pela burca não entram nas coordenadas da cultura e da identidade francesas, eles “intimidam e alienam os não muçulmanos”. Algumas francesas até argumentam que veem alguém que usa a burca como uma humilhação para elas mesmas, como se fossem violentamente excluídas, rejeitadas de um vínculo social.

Isso nos leva ao verdadeiro enigma: por que o encontro com um rosto coberto pela burca provoca tamanha angústia? Será que o rosto coberto pela burca não é mais o rosto levinasiano, a alteridade da qual emana o chamado ético incondicional? E se for o contrário? Do ponto de vista freudiano, o rosto é a suprema máscara que esconde o

horror da coisa-próximo: é o rosto que faz do próximo *le semblable*, um irmão com quem podemos nos identificar e por quem podemos sentir empatia. É por isto que o rosto coberto provoca tanta angústia: porque nos confronta diretamente com o abismo da coisa-Outro, o próximo em sua dimensão misteriosa. O próprio fato de cobrir o rosto encobre o escudo protetor, de modo que a coisa-Outro nos fita diretamente (devemos lembrar que a burca tem uma fenda estreita a altura dos olhos: não vemos os olhos, mas sabemos que existe um olhar ali). Alphonse Allais apresentou uma versão própria da dança dos sete véus de Salomé: quando ela fica completamente nua, Herodes grita “Continue! Continue!”, esperando que ela dispa também o véu da pele. Deveríamos imaginar algo parecido em relação à burca: o oposto de uma mulher que tira a burca e revela sua face natural. [...]

Sobre o tema, *Jerônimo* (2010, p. 498 e 501) comenta, em sua análise das decisões polêmicas na Turquia, Itália e França:

A ansiedade dos europeus face à presença islâmica no seu seio tornou-se de tal modo generalizada que parece não restar qualquer pudor em assumir abertamente o propósito de silenciar e excluir estes “outros” ditos inassimiláveis e incompatíveis com os valores fundamentais da Europa, como são a democracia e os direitos humanos. Dois episódios recentes demonstram-no à saciedade. Em Dezembro de 2009, o povo suíço votou, em referendo, a favor de uma revisão da Constituição de modo a proibir a construção de minaretes, as torres das mesquitas onde é feita a chamada à oração. [...] Em janeiro de 2010, ao cabo de seis meses de consultas públicas, uma Comissão *ad hoc* instituída pelo Parlamento francês recomendou a proibição do uso de burca e do *niqab* em todas as escolas, hospitais, edifícios e meios de transportes públicos, argumentando que aqueles símbolos islâmicos constituem uma afronta aos valores republicanos franceses.

Num espaço público neutro, todos os indivíduos devem ser livres para expressar as suas convicções religiosas

ou filosóficas, a menos que usem a violência ou exerçam pressão sobre outras pessoas para que adiram àquelas convicções. Em *Sahine Dogru*, lamentavelmente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, considerou que o uso do véu islâmico constitui, *de per se*, uma forma de proselitismo e de violência. Ambas as proibições tornaram mais difícil o acesso de estudantes muçulmanas à instrução.

Na dissertação de mestrado de *Juliana Santoro Belangero*, “Desafios ao universalismo do Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudo de caso do uso do véu na França”, a autora aduz, segundo informado pela própria universidade onde foi apresentada, a USP (CASTRO, 2014), que o processo de deliberação da lei não foi democrático, eis que ouviu apenas uma mulher adepta do véu proibido, e sua participação sequer foi registrada no documento disponibilizado pela Assembleia Nacional Francesa.

De acordo com a mestre, a comissão penou para encontrar argumentos justificadores da lei, que em seu entendimento, é restritiva da liberdade religiosa, dificultando inclusive a inclusão da mulher na sociedade francesa.

Além do tema do véu islâmico na França, é interessante mencionar ainda, sobre o tema da laicidade e ameaças à Liberdade Religiosa, que, nos EUA, dois casos chegaram à Suprema Corte, por conterem na sua discussão a laicidade do Estado: a legalidade da utilização de imagens das tábuas dos Dez Mandamentos nas paredes de dois tribunais do estado de Kentucky e de um monumento similar na sede da Assembléia Legislativa do Texas. Decidiu-se a favor da manutenção do monumento texano, pois foi erguido há mais de 40 anos e possui relevância histórica, enquanto em relação aos monumentos dos Tribunais de Kentucky, deliberou-se pela remoção, eis que não integravam valor histórico (GALDINO, 2006, p. 109).

É evidente que, ao redor do mundo todo, o princípio da laicidade é discutido de forma abrangente e há divergências em todos os lugares. O embate apenas começou.

3.4 CONSIDERAÇÕES

Com o desenvolvimento histórico presente nesta Seção, pôde-se verificar a forma como ocorreu a desvinculação no Ocidente entre Estado e Igreja, demonstrando-se o papel de fatos que ocorreram nos últimos dois milênios que foram relevantes para isso, como por exemplo os concílios ecumênicos, as reformas da Igreja, a filosofia iluminista etc.

A liberdade religiosa abrange, como foi visto, a liberdade de crenças (de ter, não ter, ou deixar de ter uma religião), a liberdade de culto, o direito à divulgação das próprias convicções religiosas, a liberdade de reunião e de associação religiosas etc. A liberdade religiosa foi uma conquista nuclear para o desenvolvimento histórico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Tratou-se, ainda, nesta Seção, sobre os casos de violação da liberdade religiosa. Um dos casos mais emblemáticos que foi pesquisado, trata do caso da transfusão de sangue em relação às Testemunhas de Jeová. Chegou-se à conclusão que, interpretando os direitos fundamentais como predominância da autonomia (sobre a heteronomia), no que tange à dignidade da pessoa humana, resta impossível a dispensa da obtenção de consentimento do paciente para intervenções cirúrgicas que vão de encontro com suas liberdades de religião e consciência, ressalvando o caso de risco de morte iminente em que seja impossível obter esse consentimento, como por exemplo em razão do estado de inconsciência. Esse consentimento, como toda renúncia a direitos fundamentais, deve ser válido (pessoa capaz e de forma não proveniente de coação) e inequívoco (personalíssimo, expresso e atual).

Já na questão da religião como fator cultural, a qual é impossível não estar conectada com o tema da laicidade, evidencia-se a importância de fomentar a tolerância e respeitar as diferenças interculturais. Mas é

claro que isso não significa que um cidadão ou, até mesmo, um funcionário público, não possa ostentar seus símbolos religiosos, desde que dentro dos padrões de razoabilidade e bom senso.

É inegável que a ostentação de símbolos religiosos constitui a externalização da fé religiosa, mas seria inaceitável a externalização da fé religiosa simplesmente em razão da laicidade do Estado? Na realidade parece que isso seria na verdade apenas mais uma forma de intolerância.

É possível que num órgão público exista um adepto de uma religião minoritária não cristã que repudie a comemoração de eventos ou cultos cristãos, como por exemplo o Natal. Isso não significa que, em nome do respeito à igualdade de tratamento aos cidadãos, o culto deva ser suprimido para atender aos interesses de uma única pessoa (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 26).

No modelo brasileiro, tal solução não seria constitucionalmente adequada, devendo ser lembrado que, embora o regime democrático preze pelo respeito às minorias, a sua principal característica ainda é a perseguição dos interesses do maior número possível de pessoas, de acordo com as teorias da democracia.

Deve-se ter em mente ainda que o Brasil é considerado um Estado laico, mas em nenhuma hipótese deve dar espaço ao laicismo, pois vai até mesmo de encontro com os conceitos de liberdade religiosa, sendo por vezes até contrário à própria laicidade.

CAPÍTULO IV
A APLICAÇÃO DA TEORIA
DA JUSTIÇA À LIBERDADE
RELIGIOSA

4.1 A TEORIA RAWLSIANA APLICADA AO TEMA DA LIBERDADE RELIGIOSA

4.1.1 Uma compreensão básica da teoria da justiça

Na parte final deste trabalho, trabalha-se a *Teoria da Justiça como Equidade*, proposta por *John Rawls* inicialmente em seu livro *A Theory of Justice*, de 1971, pela qual o autor procura deduzir a neutralidade por deliberação racional entre indivíduos livres e iguais a partir da *posição original*. Sobre isso, vale tecer alguns comentários preliminares.

Rawls inspirou-se, em seu experimento mental hipotético – buscando determinar princípios de justiça ideais, aos quais todos os indivíduos consentiriam, independentemente de fatores contingentes –,⁴⁶ no *imperativo categórico* de *Kant*, que consiste na ideia de agir segundo uma máxima universalizável, de forma que seja possível garantir o valor moral da ação (COUTO; ROCHA, 2013, p. 5-15).

Desta forma, ele coloca os indivíduos, desta *posição original*, sob o que ele denomina de *véu da ignorância*, pelo qual esses indivíduos, sob efeito de não ter conhecimento de quaisquer fatores contingentes acerca de si mesmos, elegem os princípios que são considerados justos e devem fazer parte do *contrato social*. Primordialmente, nestes termos, o autor presume que estes indivíduos, sob essas circunstâncias, elegeriam dois princípios – princípio da liberdade e princípio da igualdade/diferença –, que serão vistos mais adiante. Sob esta ótica, a Liberdade Religiosa é uma consequência do princípio da liberdade.

Em *A Theory of Justice*, *Rawls* tenta superar a doutrina filosófica do *utilitarismo* cuja ideia é que uma sociedade justa deva perseguir o maior bem-estar possível pelo maior número de pessoas. Isto porque, para o

⁴⁶ Os fatores contingentes citados por *Rawls* são, por exemplo, *posição social, sexo, profissão, credo religioso etc.*

autor, essa posição utilitarista tende a sacrificar os interesses da minoria, violando o conceito de justiça trazido por ele. No prefácio escrito por *Carlos Henrique Cardim*, em *O Liberalismo Político* – obra de *Rawls*, publicada originalmente em 1993 –, afirma-se o seguinte sobre *Rawls* e o utilitarismo:

A obra de Rawls ensejou uma grande discussão nos principais países do Ocidente, e não só no mundo anglo-saxão. Neste, a doutrina moral aceita desde o início do século XIX consiste em afirmar que, na busca da própria felicidade (da maneira específica como a entendem), os indivíduos contribuirão para a conquista da felicidade geral. Essa doutrina foi denominada de *utilitarismo*, denominação que de modo algum expressa seu sentido principal. Na tradução latina, o termo útil não expressa o que se tinha em mente ao empregá-lo. Referia-se, na verdade, àquelas ações eficazes, isto é, que se mostravam adequadas à consecução dos objetivos visados. No fundo, tem-se aí a ideia protestante de que o sucesso social seria um indício de salvação (a partir da premissa de que as ações dos indivíduos deveriam ter em vista erigir na terra uma obra digna da glória de Deus). E, se merece a aprovação de Deus, sua ação é benéfica para todos (a “mão invisível” de Adam Smith). (CARDIM, 2000, p. 10).

No entanto, a teoria do contrato social concorda com o utilitarismo, no sentido que os princípios fundamentais de justiça dependem das circunstâncias naturais do homem na sociedade (RAWLS, 1999, p. 137).

O autor, buscando resolver o impasse do conflito entre duas tradições do pensamento democrático, uma associada a *Locke* e outra a *Rousseau*, utiliza a distinção feita por *Benjamin Constant* entre a Liberdade dos Modernos e a Liberdade dos Antigos, onde *Locke* daria prioridade à primeira, ou seja, às liberdades civis, particularmente à liberdade de consciência e de pensamento, além de certos direitos básicos da pessoa e os direitos de propriedade de associação. A tradição de *Rousseau*, por outro lado, atribui a prioridade às liberdades políticas iguais para todos

e aos valores da vida pública, considerando as liberdades civis como subordinadas (RAWLS, 1999, p. 52).

As duas concepções básicas na *Teoria da Justiça como Equidade* são as de uma sociedade bem ordenada (decorrente do princípio da liberdade igual) e de uma pessoa moral. Seu interesse está em destacar os aspectos essenciais da nossa concepção de nós mesmos como pessoas morais e da nossa relação com a sociedade enquanto cidadãos livres e iguais. A *posição original* é uma terceira concepção-modelo desse gênero que tem um papel mediador (RAWLS, 1999, p. 53).

Uma *sociedade bem ordenada*, para Rawls, possui dois traços essenciais: 1) esta sociedade é regida por uma concepção pública da justiça, onde cada um aceita e sabe que os demais também aceitam os mesmos princípios de justiça. A estrutura básica da sociedade, ou seja, suas instituições, respeitam esses princípios; 2) seus membros são pessoas: a) morais, no sentido de que todos possuem e reconhecem nos demais um senso de justiça; b) iguais, na medida em que se consideram uns aos outros como detentores de um direito igual e c) livres, na medida em que pensam ter o direito de intervir na elaboração de suas instituições comuns em nome de seus próprios objetivos fundamentais e de seus interesses superiores. Contudo, não possuem a condição de livres para perseguir fins particulares que podem ter em um dado momento (RAWLS, 1999, p. 54-55).

Entretanto, em *Justice as Fairness: a Restatement*, seu último livro, de 2001, argumenta que não há acordo público sobre como as instituições básicas devem ser organizadas para melhor se adequarem à liberdade e à igualdade da cidadania democrática (RAWLS, 2003, p. 2).

A *Teoria da Justiça como Equidade* começa com a ideia de que a concepção de justiça mais apropriada para a estrutura básica de uma sociedade democrática é aquela que seus cidadãos adotariam numa situação equitativa em relação a si mesmos e na qual eles seriam representados unicamente por pessoas morais, livres e iguais. Essa é

a situação da posição original. Como pressupõe-se que a equidade das circunstâncias nas quais o acordo é atingido se transfere para os princípios de justiça escolhidos, a posição original situa as pessoas livres e iguais de maneira equitativa em relação às outras, sendo que a concepção de justiça adotada por elas também será igualmente equitativa. Daí o nome de *Teoria da Justiça como “equidade”* (RAWLS, 2000, p. 53).

Enquanto isso, na *posição original*, os indivíduos tornam-se ininteligíveis pelo *véu de ignorância*, eles não conhecem seu lugar na sociedade, nem seu *status* social, não conhecem tampouco o seu quinhão na distribuição de talentos e de dons naturais. Não conhecem nem sua própria concepção do bem, seus fins últimos particulares e ignoram suas tendências e disposições psicológicas específicas (RAWLS, 2000, p. 57).

O *véu da ignorância* – presente na *posição original*, e retirado aos poucos no decorrer do *contrato social* – implica que as pessoas sejam representadas unicamente como pessoas morais, e não como pessoas beneficiadas ou prejudicadas pelas contingências de sua posição social, pela distribuição das aptidões naturais ou pelo acaso e pelos acidentes da História durante o desenrolar de sua vida (RAWLS, 2000, p. 67).

Isto porque para todos os contratualistas existe um estado anterior à constituição da sociedade civil, diferenciando-se o estado hobbesiano do rawlsiano no sentido de que naquele os indivíduos conhecem sua posição social, não sendo meramente uma construção teórica, mas um estado de guerra latente que sempre existiu e permanece existindo no seio da sociedade.

Rawls supõe a existência de dois princípios de justiça que emergem a partir do seu *contrato social*: um que oferece as mesmas liberdades básicas a todos os cidadãos, como liberdade de expressão e de religião (princípio esse que sobrepõe, inclusive, as considerações sobre utilidade social e bem-estar geral), sendo o princípio da liberdade; e o segundo princípio, de uma concepção dualista, pois determina ser necessário que

haja uma distribuição aproximadamente igualitária de renda, riqueza e oportunidades, permitindo apenas desigualdades sociais e econômicas que beneficiem os membros menos favorecidos da sociedade. Assim, o segundo princípio (da igualdade) desdobra-se também no que ele denomina de *princípio da diferença* (RAWLS, 1999, p. 53-54).

A escolha desses dois princípios de justiça é a primeira representação do desdobramento de sua teoria de justiça social. Depois disso, o próximo estágio seria escolher as instituições que devem reger a sociedade, dentro dos princípios de justiça escolhidos na *posição original*, que por sua vez, levaria ao estágio legislativo.

No entanto, de acordo com *Sandel* (2009, p. 179), os filósofos questionam se os participantes desse hipotético contrato social, nas circunstâncias apresentadas por *Rawls*, realmente escolheriam tais princípios. Além disso, não há um paradigma a ser comparado em termos de justiça, eis que nenhuma convenção constitucional, contrato social, dentre outros acordos, por mais representativos que sejam, garante que os termos de cooperação social que porventura produzam sejam justos.

Apesar do exposto por *Sandel* (2009, p. 188), ele concorda com a Teoria da Justiça no sentido de que o véu de ignorância garante a equanimidade do poder do conhecimento que a *posição original* requer. Ao fazer com que as pessoas ignorem sua *posição original* na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha.

Sen, em *The Idea of Justice* (2009, p. 57-58), também ressalta a importância de debater a escolha desses princípios da primeira representação, pois seu desdobramento influencia o resultado de todos os outros estágios. O mesmo afirma ter um certo ceticismo quanto a afirmação de que os indivíduos na *posição original* de fato escolheriam tais princípios.

Além dessas duas objeções, outros autores também levantam a interessante questão de que, no momento zero do contrato que estabelece a estrutura básica da sociedade, não há nenhuma forma de representação política. Rawls afirma que as partes podem ser pensadas como “chefes de família” (*heads of families*) e, portanto, desejosas de promover o bem-estar de seus descendentes mais próximos. No entanto, o que ocorre é um mecanismo de subsunção de interesses, e não de representação, eis que o teorista presume que cada chefe de família incorpora os interesses dos outros integrantes no seu próprio:

Para além dos laços afetivos e dessa presumida subsunção, a proteção aos interesses dos outros derivaria apenas da similaridade da posição social entre o “indivíduo representativo” e o restante do grupo. Mesmo aí, há um vínculo tênue. Os indivíduos na posição original estariam sob um “véu da ignorância”, que impediria que conhecessem sua própria situação social e suas próprias preferências. Estas restrições retiram quase toda diferença entre os grupos sociais que se fariam representados. A rigor, um único indivíduo racional, sob o véu da ignorância, alcançaria, sozinho, os dois princípios da justiça, sem necessidade de diálogo, conforme apontam inúmeros críticos de Rawls (Jackson, 1983 [1980]; Young, 1990, p. 101; Pateman (1993 [1988], p. 71; Kelly, 1994, p. 230; Bickford, 1996, p. 9; Sandel, 1998, p. 129; Cooke, 2000, p. 958; Dryzek, 2000, p. 16). (MIGUEL, 2012).

Mais à frente será explicado melhor a fundamentação da aderência das partes a esses dois princípios.

4.1.2 **Fundamentação dos dois princípios de justiça em detrimento do princípio utilitarista**

A *Teoria da Justiça* rawlsiana tem sido muito debatida pelos autores de filosofia política. Obviamente, ela possui algumas limitações, entretanto, há um grande consenso sobre sua relevância entre as teorias políticas e o seu papel para a melhor compreensão sobre justiça.

Primeiramente, em relação aos dois princípios da justiça, considerando a desigualdade, a ideia de que, em um mundo “pós-contrato” as pessoas farão espontaneamente o que acordaram na *posição original* (RAWLS, 1999, p. 8), ainda que em troca de certos incentivos, não pode ser comprovado.

Neste sentido, *Gerald Allan Cohen*, em seu livro *Rescuing Justice and Inequality* (2008), argumenta que a acomodação de desigualdades com o uso de incentivos limita o alcance da teoria rawlsiana. Apesar de a concessão de incentivos fazer sentido de uma forma prática, não deveria fazer parte de uma teoria plausível sobre Justiça (SEM, 2009, p. 61).

Em *A Theory of Justice*, Rawls (1999, p. 130-136) fundamenta esses princípios no fato de que, considerando alguém na *posição original*, não há como o indivíduo ganhar vantagens especiais para si mesmo. Para a Teoria da Justiça, esses dois princípios estão vinculados como uma única concepção da justiça que se aplica para a estrutura básica da sociedade como um todo.

O princípio da utilidade funciona como um padrão de eficiência, impulsionando a maior produção possível. Já o princípio da equidade serve como um padrão de justiça buscando o bem-estar agregado, igualando a distribuição de vantagens (RAWLS, 1999, p. 32).

Há algumas bases para que os dois princípios de justiça funcionem, ou seja, para que as partes possam honrá-los em quaisquer circunstâncias previsíveis. Primeiro, as partes devem ser garantidas de

que sua empreitada não será em vão. Assim, após levado tudo em conta, inclusive as características gerais da psicologia moral, elas devem confiar umas nas outras para aderirem aos princípios adotados. Além disso, eles consideram a força do comprometimento. Não podem entrar em acordos com consequências inaceitáveis. Inobstante, quando as partes entram em acordo, devem honrá-lo, haja o que houver. Caso contrário, não agiram de boa-fé. Portanto, as partes devem pesar com cuidado se poderão cumprir com o compromisso em todas as circunstâncias (RAWLS, 1999, p. 153).

Quaisquer princípios escolhidos na *posição original* podem exigir um grande sacrifício para alguns indivíduos. Para os beneficiários de instituições injustas seria difícil acostumarem-se as mudanças necessárias. Neste momento, pode-se observar que o princípio da utilidade parece exigir uma identificação muito maior das partes com os interesses dos outros do que os dois princípios da justiça (RAWLS, 1999, p. 154).

Ocorre que, pela *Teoria da Justiça*, quando os dois princípios são satisfeitos, as liberdades básicas de cada indivíduo estão asseguradas e há um senso definido pelo princípio da diferença em que todos são beneficiados pela cooperação social. Assim, como o bem de todos é afirmado, todos estão inclinados a manter o esquema.

O princípio da utilidade, por outro lado, ao ser satisfeito, não garante o benefício de todos. A obediência ao sistema social pode exigir que alguns, particularmente os menos favorecidos, devem abrir mão de suas vantagens pelo bem do bem maior da sociedade como um todo. Portanto, o esquema não será estável, a não ser que, aqueles que devam fazer tais sacrifícios identifiquem-se de forma muito forte com interesses mais amplos do que os seus (RAWLS, 1999, p. 155). No entanto, esta é uma situação muito difícil de ocorrer.

Enquanto os princípios da justiça são aplicados a estrutura básica do sistema social e à determinação das expectativas de vida, o princípio da utilidade exige justamente o sacrifício dessas expectativas. Mesmo quando

menos favorecidos, os indivíduos terem de aceitar as maiores vantagens dos outros como uma razão suficiente para ter expectativas mais baixas ao longo de toda a sua vida. Sem dúvida, esta é uma exigência irrazoável.

Seria estranho esperar de que alguns cidadãos aceitem, com base em princípios políticos, baixas expectativas de vida pelo bem de outros mais favorecidos. Não é que os indivíduos não possam fazer sacrifícios substanciais em favor de outros, eis que, movidos pelos laços de afeição e sentimentos, geralmente o fazem. Mas tais ações não são exigidas pela estrutura básica da sociedade, como forma de justiça (RAWLS, 1999, p. 155).

Assim, para Rawls, o motivo pelo qual os utilitaristas enfatizam o papel da compreensão no aperfeiçoamento moral e o papel central da benevolência entre as virtudes morais é porque a sua concepção de justiça é ameaçada com instabilidade, salvo se a compreensão e a benevolência sejam cultivadas de forma ampla e intensa. Segundo suas próprias palavras em *A Theory of Justice*:

Se olharmos a questão do ponto de vista da posição original, as partes rejeitariam o princípio da utilidade e adotariam uma idéia mais realista de arquitetar a ordem social, com base em um princípio de vantagens recíprocas. Outra característica interessante dos dois princípios de justiça, é que eles se manifestam na estrutura básica da sociedade pelo desejo dos homens de tratar um ao outro como um fim em si mesmo, e não um meio. Isto porque todos têm liberdades básicas iguais e o princípio da diferença interpreta a distinção entre tratar homens apenas como meios e tratá-los também como fins em si mesmos. Considerar as pessoas como fins em si próprias na concepção básica da sociedade é concordar em abdicar dos ganhos que não contribuem para as expectativas de todos. Ao contrário, analisando em contraste o princípio utilitarista, impor àqueles já menos favorecidos perspectivas ainda mais baixas de vida, em favor das expectativas mais alta dos outros, é uma forma de utilizar os outros seres humanos como meios. Desta forma, fundamenta-se o princípio da diferença. (RAWLS, 1999, p. 157).

É possível que, ao agir, um indivíduo corra um risco de forma absolutamente voluntária, e, caso as coisas dêem errado, ele então faça o possível para reverter a situação. Entretanto, ao firmarmos um contrato, temos de aceitar o resultado, e assim, para agir de boa-fé, devemos não apenas ter a intenção de honrá-lo, mas também acreditar racionalmente que podemos fazer isso. O indivíduo não pode concordar com um princípio se existe uma possibilidade real de que ele traga algum resultado do qual não será capaz de aceitar (RAWLS, 1999, p. 159).

Por uma definição que remete a *David Hume* e *Adam Smith*, algo é justo quando aprovado por um espectador idealmente racional e imparcial que ocupa um ponto de vista geral e possui todo o conhecimento pertinente às circunstâncias. Supondo que se defina o conceito de justo dizendo que algo é justo se, e somente se, satisfaz os princípios que seriam escolhidos na *posição original*. Assim, um espectador idealmente racional e imparcial aprovaria o sistema social se, e somente se, satisfizesse os princípios da justiça que seriam adotados no esquema contratualista (RAWLS, 1999, p. 161).

4.1.3 A limitação da religião na esfera privada lastreada na teoria da justiça

Na visão de Rawls (2000, p. 7), em *O Liberalismo Político*,⁴⁷ a permanência do sistema depende da existência de consenso social acerca de determinadas questões. Para distingui-lo das simples convenções habituais, denomina-se o consenso sobreposto (*overlapping consensus*).

O *consenso sobreposto* assegura a convivência entre as diferentes religiões. Antes de ser pactuada a tolerância religiosa, protestantes e

⁴⁷ De acordo com Gargarella, sobre o *Liberalismo Político*, a formulação dada à obra representa uma radical reformulação da Teoria da Justiça, decorrente das concessões feitas por Rawls a diversos fronts acadêmicos. Assim é que, para o autor, Rawls reduziu as pretensões universalistas e os traços metafísicos de sua teoria da justiça, a ponto de transformá-la em uma mera doutrina política (GARGARELLA, 2008, p. 224).

católicos se confrontavam com armas na mão. A suposição era que, para sobreviver, um dos grupos deveria destruir o outro. A aceitação mútua decorreu do estabelecimento de determinado consenso em torno de valores comuns. A tolerância religiosa é um ótimo exemplo do que se deve entender pelo consenso sobreposto de Rawls (2000, p. 8).

O consenso poderia estabelecer-se em torno das seguintes questões: igualdade política; igualdade de oportunidades; respeito mútuo e garantia de reciprocidade econômica. As três primeiras exigências são aceitas pelas duas principais correntes políticas do nosso tempo: o liberalismo e a social-democracia (RAWLS, 2000, p. 7).

Já em *A Theory of Justice*, Rawls (2000, p. 7) aponta, segundo a concepção voluntarista ou Kantiana da pessoa, que não somos simplesmente definidos pela soma de nossos desejos, como assumiria um utilitarista, nem somos seres do qual a perfeição consiste em realizar certos propósitos ou finalidades dadas pela natureza, como sustentou Aristóteles. Pelo contrário, somos seres independentes e livres, desobrigados por laços morais antecedentes capazes de escolher nossas finalidades em nosso lugar. E é por sermos livres e independentes, capazes de escolher nossas razões, que é necessário uma armação de direitos na sociedade que seja neutra em seus princípios e finalidades.

Em razão disso, o Estado não pode favorecer nenhuma religião específica e não se pode vincular sanções ou incapacidades a nenhuma afiliação religiosa ou ausência dela. A lei protege o direito de culto no sentido de que a apostasia não é reconhecida, e muito menos penalizada, como ofensa jurídica, assim como não o é o fato de se não ter nenhuma religião. Desta forma é que o Estado defende a liberdade religiosa e moral (RAWLS, 1999, p. 180).

Inobstante, para Rawls (2000, p. 8), as igrejas e as universidades são associações no seio da estrutura básica e devem adaptar-se às exigências que essa estrutura impõe, com vistas a estabelecer a justiça do

contexto social (*background justice*). Assim, igrejas e universidades podem ser limitadas de diferentes maneiras - por exemplo, em função do que é necessário para manter iguais para todos as liberdades básicas (incluindo a liberdade de consciência) e a justa igualdade das oportunidades.

Rejeita-se, portanto, pela *Teoria da Justiça como Equidade*, o Estado confessional. As associações particulares podem organizar-se livremente conforme o desejo de seus membros, e podem ter sua atividade e disciplina interna, com a restrição de que seus membros escolham de fato se querem continuar sua afiliação (RAWLS, 1999, p. 180-181).

Segundo o autor, todos concordam que a liberdade de consciência é limitada pelo interesse geral na segurança e ordem públicas. Essa mesma limitação é facilmente dedutível do ponto de vista contratualista. Essa limitação não significa que os interesses públicos sejam, em qualquer sentido, superiores aos interesses religiosos e morais, nem implica na possibilidade de o governo reivindicar o direito de suprimir convicções filosóficas quando há conflito destas com os assuntos de Estado. Se a uma religião é negada a sua expressão plena, presume-se que a razão de sua violação seja a igual liberdade dos outros (RAWLS, p. 181 e 325).

De acordo com *Axel Honneth*, ao contrário das sociedades tradicionais em que hierarquias rígidas determinavam o *status* de cada um dos diferentes grupos sociais, nas sociedades modernas o sentimento de inferioridade é insuportável. Nestas, cada indivíduo reclama o direito de ser tratado como igual ou, ao menos, de não ser definitivamente classificado em uma posição de inferioridade.⁴⁸

Para *Jónatas Machado*, a *Teoria da Justiça*, como referencial teórico para defender a liberdade religiosa, seria a base de uma igual liberdade, do acesso livre aos cargos políticos por todos os cidadãos e de uma preocupação com a melhoria da situação dos mais desfavorecidos, mesmo quando subsiste e aumenta a desigualdade social, num quadro de

⁴⁸ Cf. Silveira (2007, p. 50).

complementaridade entre o justo e o bom. Ela postula a racionalidade e a razoabilidade dos seres humanos, ao mesmo tempo que reconhece que a dificuldade em analisar as evidências e em ponderar valores, argumentos e interesses, aliada à indeterminação dos valores e princípios em presença e à diversidade da experiência humana, podem afetar negativamente a capacidade de pensar e de decidir. A *Teoria da Justiça* de John Rawls pretende estruturar um pluralismo razoável, onde seja possível um consenso de sobreposição que permita a participação de diferentes visões do mundo no quadro de uma democracia liberal.⁴⁹

Assim, ele afirmou ainda no conjunto de reformulações de seus argumentos no livro *Justice as Fairness* que: “Dado o fato do pluralismo razoável, temos de ter em mente diferentes pontos de vista para que a justiça como equidade tenha alguma chance de obter o apoio de um consenso sobreposto.” (RAWLS, 2003, p. 19).

O direito à liberdade religiosa e ideológica, a par do princípio da neutralidade religiosa ou ideológica colocadas numa *posição original* em que ignorassem se, no mundo real, seriam religiosos ou não, qual a religião a que pertenceriam ou se pertenceriam a uma religião majoritária ou minoritária. Este entendimento deslegitimaria a religião intolerante no seio de uma *sociedade bem ordenada*, precluindo a identificação do Estado com qualquer confissão religiosa e a imposição autoritária de uma visão do mundo e do bem a toda a comunidade (MACHADO, 2013, p. 126).

Na esteira desse pensamento, as razões invocadas para proteger os interesses religiosos devem ser suscetíveis à *razão pública*, ou seja, a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição (RAWLS, 2000, p. 263), e assim basear-se em argumentos que sejam acessíveis a todos os cidadãos razoáveis.

⁴⁹ Cf. Machado (2013, p. 125).

É extremamente desejável resolver questões políticas invocando os valores da *razão pública*, porém, nem sempre isso é possível. A *razão pública* será tratada também no próximo tópico.

4.2 JUSTIÇA E DEMOCRACIA

4.2.1 A construção conceitual de uma democracia constitucional justa e seus fundamentos políticos

*Aristóteles afirmou que o homem possui a peculiaridade de possuir um senso de justiça e injustiça, e a existência de um consenso comum acerca do entendimento de justiça forma uma pólis.*⁵⁰

Ainda que os cidadãos de uma sociedade mais ou menos justa possuam diferenças religiosas ou em relação ao que significa ter uma vida boa, por exemplo, é necessário que esse senso de justiça seja compartilhado pelos indivíduos participantes de um sistema cooperativo para formar uma concepção de justiça razoavelmente comum entre eles. Assim, possibilita-se que a discussão pública de questões essenciais seja realizada de forma democrática (SEM, 2009, p. 55).

Para o liberalismo político, esse consenso, denominado por Rawls de *consenso sobreposto*, é indispensável para que se possa falar em democracia, mas também entende que é necessário, para se comportar como um cidadão democrático, compreender um ideal de *razão pública*.

O liberalismo político apoia-se na conjectura de que os direitos e deveres, assim como os valores políticos liberais,⁵¹ têm peso suficiente para que os limites da *razão pública* sejam justificados pelas avaliações

⁵⁰ Cf. Rawls (1999, p. 214).

⁵¹ Os valores políticos liberais podem ser de dois tipos: i) valores da justiça política - igual liberdade política e civil, igualdade de oportunidades, valores da igualdade social e da reciprocidade econômica e valores do bem comum, assim como as várias condições necessárias a todos esses valores; b) valores

globais das doutrinas abrangentes razoáveis, uma vez que essas doutrinas tenham se adaptado à concepção de justiça (RAWLS, 2000, p. 268).

A natureza da *razão pública* fica mais clara, se comparada com as razões não-públicas. Há apenas uma *razão pública*, entretanto há várias razões não-públicas, como por exemplo as associações: igrejas, universidades, sociedades científicas e grupos profissionais. Essas razões não-públicas compreendem as muitas razões da sociedade civil e fazem parte daquilo que o autor chama de *background culture*, podendo ser traduzido como a “cultura de fundo” da sociedade.

Para agir de forma razoável e responsável, os órgãos coletivos, assim como os indivíduos, precisam de uma forma de argumentação sobre o que deve ser feito. Essa forma de argumentação é pública com respeito a seus membros, mas não-pública com respeito à sociedade política e aos cidadãos em geral (RAWLS, 2000, p. 269).

A razão pública ocorre principalmente, mas não somente (ao menos no entendimento de Rawls), pelos fóruns oficiais da sociedade, como no parlamento, quanto ao legislativo, e em atos e decisões públicas quanto ao executivo e judiciário. É por meio da razão pública que os cidadãos justificam as leis com as quais devem concordar e as políticas que a sociedade segue (RAWLS, 2000, p. 266). Em um regime constitucional de revisão judicial (ou controle judicial da constitucionalidade das leis), a *razão pública é a razão da existência do Supremo Tribunal* (RAWLS, 2000, p. 281).

É necessário fazer menção de que o poder supremo de um governo constitucional democrático não pode caber a um único Poder, nem mesmo ao judiciário, ao Supremo Tribunal. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros, e sendo cada qual responsável perante o povo (RAWLS, 2000, p. 283).

da razão pública - razoabilidade e a disposição de respeitar o dever moral de civilidade, os quais, enquanto virtudes dos cidadãos, ajudam a tornar possível a discussão pública refletida sobre as questões políticas.

A lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e tem a autoridade mais alta da vontade.⁵² Uma Constituição democrática é a expressão, fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo de se governar de uma certa maneira:

Por meio de uma constituição ratificada democraticamente e que disponha de uma carta de direitos, o conjunto dos cidadãos fixa de uma vez por todas certos elementos constitucionais essenciais, como os direitos e liberdades fundamentais e iguais, e as liberdades de expressão e de associação, assim como aqueles direitos e liberdades que garantem a segurança e independência dos cidadãos, tais como as liberdades de movimento e de escolha de ocupação, e as garantias do império da lei. Isso garante que as leis ordinárias sejam promulgadas de uma certa forma pelos cidadãos, enquanto livres e independentes. É por meio desses procedimentos fixos que o povo pode expressar, mesmo que não o faça, sua vontade democrática refletida; na verdade, sem esses procedimentos não é possível que tal vontade exista. (RAWLS, 2000, p. 282).

No longo prazo, uma maioria sólida do eleitorado pode acabar por fazer a Constituição se conformar à sua vontade política. Não há como evitar esse fato, nem mesmo pela introdução de cláusulas pétreas que procurem estabelecer os princípios democráticos básicos em bases permanentes. Não existe nenhum procedimento constitucional que não possa ser transgredido ou distorcido para promulgar estatutos que violam os princípios democráticos constitucionais básicos. A ideia de constituições e leis básicas corretas e justas sempre é determinada pela concepção política mais razoável, e não pelo resultado de um processo político real (RAWLS, 2000, p. 238).

⁵² Rawls utiliza o exemplo da Constituição norte-americana, “Nós, o povo”, ao passo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina, em seu art. 1º, § único, “Todo poder emana do povo.”

Sobre isso, é importante fazer um adendo no sentido de que *Rawls não está tão distante de Auguste Comte*, para quem só existia liberdade de consciência na política porque, nela, o conhecimento científico ainda não avançara o suficiente. Quando avançasse, a política reuniria-se à física e à química, onde não há liberdade de pensamento pois, segundo *Comte*, “[...] qualquer um acharia absurdo não depositar sua confiança nos princípios estabelecidos, nestas ciências, pelos homens competentes.” (MIGUEL, 2012).

Não obstante, tratando-se do tema da democracia, lembrando que é apenas um tópico marginal neste trabalho, é importante mencionar – até mesmo em razão da satisfação de um *pluralismo razoável* – que, além da teoria política rawlsiana, existem outras teorias que são marcos importantes sobre o tema, que não são, entretanto, utilizadas neste trabalho. Por questão de foco teórico e espaço, mas apenas em razão de sua relevância, menciona-se aqui as mais influentes aqui de forma rápida.

Primeiramente, além das duas teorias mais comuns e indispensáveis, tendo por teoristas, *Amartya Sen*, de perspectiva capacitária, e *Dworkin*, da perspectiva igualitária, ambos que possuem grande influência de *Rawls*, é possível citar ainda vários outros.

De uma perspectiva libertária, *Robert Nozick*, que defende a desigualdade, vista como consequência inevitável do exercício da liberdade, e defende a menor ingerência estatal possível nas relações mercantilistas. Com isso, fica restrito tanto o espaço da democracia - que ele encara como uma forma de escravidão diante da coletividade - quanto o da representação política.

Para ele, a única função do Estado é garantir as condições para o exercício da liberdade. As demais formas de representação – autorização expressa ou implícita para que outras pessoas falem ou deliberem em nosso nome – são entendidas como voluntárias, revogáveis e operam em fóruns que não tem capacidade de impor suas decisões (MIGUEL, 2012).

A teoria de Nozick, no entanto, gera desconfiança em relação às instituições democráticas e, ao mesmo tempo, torna desimportante a discussão sobre a representação política.

Michael Sandel, maior representante da corrente comunitarista (além de *Charles Taylor* e *Alasdair MacIntyre*), possui amplas discussões em oposição à *Rawls*, estando em evidência em seu livro de maior impacto, “*Justiça - O que é fazer a coisa certa*”. Como por exemplo suas críticas ao princípio da diferença, a respeito dos incentivos aos menos favorecidos, pois segundo ele, pela teoria rawlsiana, os mais talentosos abririam mão de desenvolver suas habilidades no intuito de ganhar incentivos.

É que, do ponto de vista de *Sandel* (2009, p. 195-204), o princípio da diferença, apesar de comprovar a existência de alternativas à sociedade de mercado meritocrática, além da igualdade pelo nivelamento, é uma alternativa que, não obstante, até estimula os bem-dotados a desenvolver e exercitar suas aptidões, porém, as recompensas que essas habilidades acumulam no mercado pertencem à sociedade como um todo, ou seja, os prêmios são compartilhados com aqueles que não têm os mesmos dotes.

Ele concorda com *Rawls*, sobretudo, na questão de que existem certos esforços que não atingem os mesmos resultados de outros mais favorecidos pelas contingências, sendo que, na meritocracia, o que realmente conta é o trabalho produto do esforço. O autor argumenta, como exemplo, um pedreiro forte, que levanta uma parede em um dia, em comparação com um pedreiro fraco e franzino, que consegue carregar dois tijolos por vez. Isto é, o esforço do último é muito maior para alcançar o mesmo objetivo, e nem por isso ele deve ganhar mais. Ou então alguns jogadores de basquetebol que possam haver treinado mais que *Michael Jordan*, mas não estão no seu nível. Nessa hipótese, também não significa que esses jogadores, pelo fato de terem se esforçado mais, devam ganhar mais. Como já foi dito, o que realmente importa na meritocracia é o produto do nosso esforço (SANDEL, 2009, p. 195-204).

O mesmo ainda pode ser dito ao comparar o salário de professores, ou até mesmo de juizes, que já possuem uma remuneração considerada voluptuosa, em comparação com apresentadores de programas televisivos, já que estes, em tese, trabalhariam muito menos, e são recompensados com uma remuneração cerca de cem vezes maior.

Ainda, sobre este assunto, e continuando com *Michael Sandel*, pode-se fazer aqui um apêndice, ressaltando seu livro, *What Money Can't Buy*, de 2012, no qual o autor demonstra a subbugação dos valores morais em prol dos valores econômicos em razão da sociedade onde o dinheiro tudo pode comprar,⁵³ sendo uma crítica do autor ao mercantilismo selvagem.

Nas palavras do professor do curso de Justiça, em Harvard: “Nós vivemos, compramos e jogamos em diferentes lugares, nossas crianças vão a escolas diferentes. Podemos denominar isso de ‘camarotização’ (*skyboxification*). Não é bom para a democracia, e nem uma forma satisfatória de viver.” (SANDEL, 2012, p. 154). Quanto mais o dinheiro pode comprar, menos as pessoas de classes diferentes convivem juntas. Será que é interessante para a democracia, uma sociedade onde tudo esteja a venda?

De fato, a democracia não exige simetria perfeita das vidas de todos os indivíduos. Porém, certamente ela exige que os cidadãos compartilhem uma vida comum em sociedade. É importante que pessoas de diferentes classes e posições sociais encontrem umas as outras, esbarrem nas ruas, no

⁵³ O autor cita inúmeros exemplos, dentre eles os seguintes: 1) Em determinados presídios, notadamente nos Estados Unidos (Santa Ana, California), criminosos considerados não violentos podem pagar \$ 82,00 a noite em uma cela melhor acomodada, limpa e silenciosa, longe dos demais prisioneiros não pagantes; 2) Algumas cidades estão limitando em suas estradas vias rápidas, passando a ser restritas a pagantes. Quem não quer pagar, vai ficar com a “população geral” e pegar o tráfego; 3) Casais ocidentais procuram mulheres indianas para servirem de barriga de aluguel, eis que o preço é de aproximadamente um terço do custo das americanas que fornecem o mesmo serviço; 4) Na África, o direito de caçar um rinoceronte preto (\$ 150.000,00), que se encontra em extinção. Com esse dinheiro, os rancheiros angariam fundos para proteger as espécies ameaçadas; 5) A União Européia possui um mercado onde as empresas privadas vendem o direito de emitir uma tonelada de gás carbono na atmosfera (€ 13); 6) Alugar o espaço de seu corpo, geralmente a cabeça raspada, para escrever uma propaganda comercial (\$ 777,00); 7) Servir como cobaia para experimentos farmacêuticos (em torno de \$ 7.500,00); 8) Lutar em lugares como Somália e Afeganistão como mercenário (salários de \$ 250,00 a \$ 1.000,00).

decorrer do dia-a-dia. Assim é que se descobre o outro e são deixadas de lado as diferenças, e é assim que todos passam a se importar com o bem comum.

O autor americano *Milton Friedman* publicou em 1980 o livro *Free to Choose*, uma defesa vigorosa e explícita da economia de livre mercado, que se tornou uma espécie de “bíblia” do governo de *Ronald Reagan*. Ao defender os princípios do *laissez-faire* contra as objeções igualitárias, *Friedman* fez uma concessão ao reconhecer que os indivíduos criados em famílias abastadas e que frequentaram escolas de elite possuem uma vantagem injusta em relação aos menos privilegiados. No entanto, ele argumentou que essa injustiça não deve ser remediada, mas que devemos conviver com ela e usufruir dos benefícios que ela proporciona (SANDEL, 2009, p. 195-204).

Rawls, de forma um tanto emocionante, rejeita essa recomendação de complacência da concepção de *Friedman*. Isso porque, frequentemente, esquecemos que a maneira como as coisas são não determina como elas deveriam ser. *Rawls* (1999, p. 87) propõe que lidemos com esses fatos compartilhando nosso destino com o próximo e só tirando proveito das causalidades da natureza e das circunstâncias quando isso proporcionar o bem de todos.

Em *A Theory of Justice*, afirma que deve ser rejeitada a ideia de que o ordenamento das instituições é sempre defeituoso em razão da distribuição dos talentos naturais e que as contingências das circunstâncias sociais são injustas, sendo levada essa injustiça, inevitavelmente, aos acordos entre os indivíduos. Isso porque, ocasionalmente, essa reflexão é oferecida como uma desculpa para ignorar a injustiça, como se fosse algo inevitável. Em outras palavras, como se a condescendência à injustiça fosse o mesmo que a aquiescência à morte (RAWLS, 1999, p. 87).

Ocorre que a distribuição natural não é justa, e nem injusta. Não é injusto uma pessoa nascer na sociedade em uma determinada posição. Isso é simplesmente um fato. Justo ou injusto é a forma com a qual as instituições

lidam com esse fato. Portanto, sociedades de castas ou aristocráticas são injustas porque elas fazem essas contingências como uma base atributiva para pertencer a classes sociais com maiores ou menores privilégios. Apesar de a estrutura básica dessas sociedades incorporar as arbitrariedades da própria natureza, não há motivos para os homens racionais aquiescerem a essas contingências (RAWLS, 1999, p. 88).

Michael Walzer, outro representante da corrente comunitarista da teoria política, possui uma posição mais reflexiva em relação ao liberalismo. Para o autor, a sociedade se compõe de “esferas” separadas, em que imperam critérios distintos de distribuição de bens, vantagens e posições. Em seu livro *Spheres of Justice: A defense of pluralism and equality*, o autor analisa a forma de a sociedade distribuir não apenas riqueza e poder, mas também outros bens sociais, como honra, educação, trabalho, tempo livre e até mesmo amor (WALZER, 1983).

Iris Marion Young, além de ter produzido sua própria Teoria da Justiça, em *Justice and the politics of difference*, produziu uma teoria da representação política, em *Inclusion and democracy*. No entanto, aparentemente, as duas obras são esforços em paralelo, que não dialogam suficientemente entre si e, inclusive, em seu livro póstumo, que polemiza com teorias recentes da justiça, discutindo a relação entre responsabilidade individual e estrutura social, a representação política é um tema ausente. Da mesma forma, quando foca nos problemas da representação política, o autor não discute o sentido da justiça (MIGUEL, 2012).

Ainda, não se olvida, apesar de não desenvolvido de forma plena (pelo menos até este momento), o influente modelo analítico de *Nancy Fraser*. A autora observa que os grupos submetidos à injustiça sofriam tanto pela impossibilidade de acesso à riqueza ou a determinadas posições sociais quanto pela apreciação negativa dada a seus valores, crenças, comportamentos e modo de vida. Para ela, a luta por justiça envolveria tanto um elemento econômico - a busca pela redistribuição dos benefícios

materiais existentes na sociedade - quanto um elemento cultural - a busca pelo reconhecimento na sociedade. Ocorre que a tradição marxista dá primazia absoluta ao aspecto econômico, enquanto o idealismo honnethiano constrói um conceito de reconhecimento que tudo engloba, mas ambos pecam em reduzir a luta por justiça a uma única dimensão (MIGUEL, 2012).

Fraser, recentemente em suas últimas publicações, percebe a existência de uma terceira esfera, que é a política, possuindo como dimensão da justiça associada a ela, a “representação”. Assim, a dimensão política da injustiça é a representação inadequada (*misrepresentation*).

As três dimensões da justiça apresentada por *Fraser* parece ser, ao lado de *Rawls*, a forma mais bem elaborada de se lidar com uma *Teoria da Justiça*, eis que a autora foi feliz em criar uma teoria que abrange os três aspectos mais importantes da justiça: 1) econômico; 2) sócio-cultural e 3) político.

4.2.2 O direito à liberdade frente à democracia

Para compreender o papel da liberdade religiosa no seio de uma sociedade, é importante analisar a liberdade pela ótica democrática, ou seja, qual é o significado de liberdade na sociedade de hoje em relação a democracia.

A liberdade (em sentido amplo) pode ser dividida entre duas formas, perfeitamente elucidadas por *Benjamin Constant*: a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos.

Para nós, a liberdade é não ser preso, detido, condenado ou maltratado pela vontade arbitrária de um ou vários indivíduos. É o direito de dizer sua opinião, escolher e exercer seu trabalho, dispor de sua propriedade como bem lhe convier, de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou passos. É para cada um o direito de reunir-se com outros, para discutir seus interesses, professar

cultos, ou simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações (CONSTANT, 2014). Também faz parte da liberdade os direitos democráticos, de influir sobre a administração do governo, por representações, petições, reivindicações etc. Mas esta soberania é, na modernidade, exercida em grau consideravelmente menor.

No entanto, a liberdade dos antigos consistia em exercer diretamente várias partes da soberania inteira, em concluir tratados de aliança com estrangeiros, votar as leis, pronunciar julgamentos, examinar contas, atos e gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, acusá-los de delitos, condená-los ou absolvê-los. Porém, ao mesmo tempo em que os antigos possuíam estas prerrogativas, admitiam submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não havia privilégios como há entre os modernos, sendo que todas as ações privadas são sujeitas a severa vigilância, não havendo concessões à esfera privada, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, um de nossos mais preciosos direitos, seria um sacrilégio para os antigos. Mesmo nas relações domésticas a autoridade intervinha, estando os indivíduos vigiados até no interior das famílias. As leis regulamentavam os costumes e, como tudo dependia dos costumes, não havia nada que as leis não regulamentassem (CONSTANT, 2014).

Assim sendo, para os antigos, o indivíduo era quase sempre soberano nas questões públicas, mas escravo em seus assuntos privados. Enquanto decide como porção do corpo coletivo, interroga, destitui, condena, despoja e exila, mas enquanto sujeito do corpo coletivo, pode ser privado de sua posição, despojado de seus pertences, banido e condenado pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence (CONSTANT, 2014).

Os romanos, na antiguidade, também não alteraram a ideia de liberdade, pois permanecia, antes do indivíduo, o sentimento de pertinência ao grupo, primeiramente ao grupo familiar e, num segundo momento, a *civitas*. A liberdade para os romanos era um espaço referente

a liberdade de ação (*status libertatis*) e não a qualquer ordem interna do sujeito, ou mesmo a qualquer esboço de direito subjetivo, que até esse momento não existia (OLIVEIRA, 2010, p. 34).

A Liberdade Religiosa, por sua vez, é um Direito Fundamental e de personalidade. Objetiva o desenvolvimento máximo das potencialidades humanas, tendo como essência o homem-indivíduo. É um direito oponível em face do Estado e também em face do particular. A liberdade de religião é de extrema importância, não somente como um direito fundamental, mas além disso. Vários autores a consideram como marco de origem dos direitos fundamentais, como já pôde ser visto na segunda parte desta pesquisa.

A defesa da liberdade religiosa postulava a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Portanto, autores como *Jellinek vêem na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Porém, tratava-se no caso mais da ideia acerca da tolerância de credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, da forma como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais* (CANOTINHO, 1999, p. 359).

Assim sendo, a liberdade religiosa deve andar junto com os conceitos de democracia aqui apresentados. Esta liberdade, como todos os direitos, não é absoluto, e mesmo os direitos fundamentais possuem como característica a sua limitabilidade. Contudo, a limitação mais evidente é o princípio de que esta liberdade “não contrarie a ordem pública e os bons costumes”.

A liberdade religiosa deve cingir-se aos objetivos fundamentais da república, previstos no art. 3º da Carta Constitucional, dentre eles, o previsto no inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Também deve irremediavelmente respeitar especialmente os direitos fundamentais previstos no art. 5º.

4.3 A LIBERDADE RELIGIOSA FRENTE ÀS OBRIGAÇÕES DE CUMPRIR AS LEIS

4.3.1 As obrigações legais

Antes de iniciar este tópico, vale fazer um adendo para destacar que a questão é aqui abordada substancialmente pelo referencial teórico da pesquisa, ou seja, John Rawls. *Caso fosse realizada uma pesquisa mais aprofundada sobre o tema, a questão – assim como vários tópicos trabalhados nesta pesquisa –, por si só, poderia resultar em uma dissertação completa. Nada mais a acrescentar, passa-se a tratar das obrigações legais.*

A relevância de tratar das obrigações legais no presente trabalho é porque a questão da objeção de consciência é um tópico muito debatido a respeito da liberdade religiosa. Do mesmo modo, não é possível, pela ótica rawlsiana, tratar da escusa de consciência sem lidar também com o tema da desobediência civil, eis que Rawls, com razão, trata de ambos os temas de forma conjunta, como espécies de exceção às obrigações legais.

Pelo princípio da equidade, a um indivíduo é exigido que faça sua parte conforme as regras da instituição quando duas condições são preenchidas: primeiro, a instituição é justa, ou seja, satisfaz os dois princípios de justiça; e por último, o indivíduo tenha aceitado voluntariamente as disposições combinadas ou tenha se beneficiado das oportunidades que elas oferecem. É interessante que, por este princípio, não é possível estar obrigado a instituições injustas, ou ao menos instituições que excedam o limite razoável de injustiça tolerável.

Não é possível, por exemplo, estar obrigado às formas de governo autocrático ou arbitrário. Vínculos obrigatórios pressupõem instituições justas,

ou ao menos razoavelmente justas, em determinadas circunstâncias (RAWLS, 1999, p. 96). É claro que, para tanto, devem haver certos pressupostos, o que ele chama de *background conditions*, ou condições básicas.

Com fulcro neste princípio, Rawls diferencia obrigações de deveres naturais (ou *moral requirements*), havendo inúmeras características que diferenciam um do outro.

A terminologia utilizada por Rawls define que o termo “obrigação” seja reservado para exigências morais que derivam do princípio da equidade, enquanto outras exigências são denominadas de “deveres naturais”.

Primeiramente, as obrigações são formadas por decorrência de atos voluntários. Esses atos podem ser expressos ou tácitos, como promessas e acordos. Mas não necessariamente, no caso de serem aceitos os benefícios decorrentes dessas disposições.

As obrigações ainda são sempre definidas por regras que definem o que alguém precisa fazer. Além disso, por fim, são normalmente devidas a indivíduos determinados, notadamente aqueles que estão cooperando juntos para manter as disposições combinadas em questão. As obrigações são assumidas em contratos, casamento, e também em situações de concorrência a cargos públicos, sejam judiciais, administrativos ou de outra autoridade. Até mesmo ao participar de um jogo, as partes estão obrigadas a se aterem às regras e jogar de forma esportiva (RAWLS, 1999, p. 97).

Enquanto os deveres naturais são, para citar algumas hipóteses: quando o indivíduo possui o dever moral de ajudar outro que se encontra em estado de perigo ou necessidade, desde que ele possa ajudá-lo sem que haja risco excessivo à sua própria integridade; o dever de não causar dano a outrem ou então o dever de não causar sofrimento desnecessário. O primeiro desses deveres é positivo, enquanto os dois outros são negativos. Para Rawls, os deveres negativos possuem maior peso do que os positivos (RAWLS, 1999, p. 98).

Assim, em contraste com as obrigações, os deveres naturais são aplicados a todos os indivíduos, independentemente do consentimento voluntário. Não são vinculados às instituições ou práticas sociais. Não há, portanto, como usar como justificativa o fato de alguém não haver prometido não ser cruel, vingativo, ou de ajudar quem está em estado de necessidade. Da mesma forma, não é razoável alguém prometer que não matará, eis que é ridiculamente redundante, bem como não é aceitável a sugestão de que isso estabeleceria um dever moral onde não havia antes. Tal promessa seria legítima, somente em razões especiais, caso o mesmo possuía permissão para matar, como talvez no caso de guerra iminente (RAWLS, 1999, p. 98).

Ainda em contraposição com as obrigações legais, os deveres naturais não são devidos a pessoas determinadas, como os cooperantes do contrato social, e sim para todos em geral. Pressupõe-se essa abstratividade do próprio termo natural.

Portanto, ao passo que existem vários princípios de deveres naturais, as obrigações, por sua vez, nascem do princípio da equidade. A ideia é que, quando um número de pessoas se engajam em um empreendimento cooperativo vantajoso, de acordo com certas regras e que, voluntariamente restrinjam suas próprias liberdades, aqueles que se submeteram a essas limitações têm a segurança de uma aceitação semelhante por parte dos demais que também se beneficiam com a sua submissão. Assim, não se deve lucrar com os esforços cooperativos dos outros sem fazer a sua parte (RAWLS, 1999, p. 301). O indivíduo hipotético que se aproveita do sistema cooperativo, de forma desincumbida de suas obrigações, é considerado um free-rider.

Uma vez que presumimos a existência de uma prática justa do prometer, independentemente de como de como possa ter-se estabelecido, o princípio da equidade é suficiente para vincular aqueles que dela se beneficiam, nas condições apropriadas já descritas (RAWLS, 1999, p. 307).

Até então, é facilmente justificável a necessidade de obedecer às leis, com base no sistema cooperativo e no princípio da equidade, mas

após, deparamo-nos com uma dificuldade em explicar por que é necessário obedecer leis injustas. Alguns poderiam dizer que, tendo em vista que a lei injusta não é uma lei legítima, não há necessidade de obedecê-la. De acordo com a Teoria da Justiça, isso é um erro, pois a injustiça de uma lei não é razão suficiente para não lhe obedecer.

No entanto, podemos citar um exemplo onde a obrigação de cumprir as leis não se aplica. Isso porque, conforme já foi visto, o princípio da equidade possui duas partes: uma que afirma como contraímos obrigações (praticando várias ações voluntariamente), e outra que estabelece a condição de que a instituição envolvida seja justa ou, ao menos, justa na medida que é razoável esperar em circunstâncias concretas.

Assim sendo, de acordo com suas próprias palavras, concordar, ou até mesmo apenas consentir, com instituições claramente injustas, não gera obrigações, eis que promessas extorquidas são inócuas, nulas *ab initio*. Para o teorista político, as partes na *posição original* insistiriam que as organizações sociais injustas, fossem, em si mesmas, uma espécie de extorsão ou violência, não gerando obrigações a sua aceitação (RAWLS, 1999, p. 302).

Porém, essa é uma questão que, ao envolver a natureza e os limites da regra da maioria, é um teste crucial para qualquer teoria da base moral da democracia, e não foi desenvolvida de forma simples em *A Theory of Justice*, pois como foi visto, existe de um lado o sistema cooperativo que obriga as partes a cumprirem com suas obrigações, ainda que injustas, sob efeito de incidirem na conduta de *free-rider*. Por outro lado, pelo ponto de vista da *posição original*, as instituições injustas não geram obrigações. Deve-se analisar profundamente, portanto, os argumentos dos dois lados.

Primeiramente, é evidente que o nosso dever ou obrigação de aceitar ordenações concretas pode às vezes ser sobrepujado por exigências que dependem do princípio do justo, podendo justificar uma desobediência. Porém, essa atitude depende do grau de injustiça das

leis, pois elas não estão todas no mesmo nível de igualdade, assim como ocorre com as políticas e as instituições. De regra, a concepção da justiça é razoável na proporção da força dos argumentos que podem ser adotados em favor dela pela *posição original* (RAWLS, 1999, p. 309).

Em segundo lugar, justifica-se a obediência às leis para manter a integridade do sistema, desde que haja um ordenamento jurídico que possa ser considerado quase justo, ou seja, em uma sociedade na qual haja um regime constitucional viável, que possa satisfazer no mínimo parcialmente os princípios de justiça. Até mesmo porque não há um processo político factível que garanta que as leis, estabelecidas segundo seus parâmetros, sejam justas. Isso porque, nas atividades políticas, não é possível atingir uma justiça procedimental perfeita (RAWLS, 1999, p. 310).

As maiorias (ou alianças de minorias) estão fadadas a cometerem erros, seja por falta de conhecimento e discernimento, ou então como resultado de posições parciais e interesseiras. Portanto, o nosso dever natural de apoiar instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas, desde que elas não ultrapassem certos limites de justiça. Isso faz parte da doutrina contratualista, mesmo que ela retorne sempre à questão de ser paradoxal alguém consentir a uma Constituição que o obrigaria, mais tarde, a atender leis que considere injustas.

Para a doutrina rawlsiana, isso faz parte do regime democrático, já que devemos respeitar um de seus princípios essenciais, o da regra da maioria. Não há nenhum procedimento viável de organização política que pudesse decidir sempre a nosso favor. Ainda assim, aceitar um desses procedimentos é certamente preferível à ausência total de acordos. Portanto, na escolha da Constituição e na adoção de alguma forma de regra democrática, cada parte assume os riscos de sofrer as consequências dos defeitos do conhecimento e do senso de justiça dos outros, no intuito de ganhar as vantagens de um procedimento legislativo eficaz (RAWLS, 1999, p. 311-313).

Inobstante, é evidente que as partes – ainda que correspondam a uma pequena minoria – não podem ser absurdamente oneradas para o bem de outras, sob pena de incidir no princípio utilitarista, que é incompatível com a Teoria da Justiça aqui invocada. A longo prazo, o ônus da injustiça deveria ser distribuído de modo mais ou menos uniforme entre os vários grupos da sociedade, não pesando demais em nenhum caso específico.

Sobre a obrigação de cumprir as leis, ocorre ainda que, para abranger a maior quantidade de casos possíveis, deve-se adentrar em questões ainda mais complexas, que adentre nos limites da liberdade política e religiosa no âmbito do sistema cooperativo. As duas questões que parecem mais importantes neste aspecto são, no sentido de oposição não violenta, os dilemas da desobediência civil e da objeção de consciência.

4.3.2 A desobediência civil e a escusa/objeção de consciência

4.3.2.1 Fundamentação de uma teoria para o descumprimento das leis injustas

Nos Estados Unidos, O Procurador Geral, *Erwin Nathaniel Griswold*, ex-reitor da Universidade de Direito de Harvard, certa vez afirmou publicamente que a essência da lei é que seja aplicada igualmente a todos, sem levar em conta motivos pessoais. Tal declaração foi aplaudida pelo *New York Times*.

De entendimento diverso, um grupo de mil professores de várias universidades assinou um pedido no mesmo jornal, exigindo que a Procuradoria Geral anulasse as acusações contra determinados cidadãos que eram acusados de conspiração por terem aconselhado transgressões ao recrutamento militar (DWORKIN, 2002, p. 316). Este é apenas uma das várias ocorrências de dissenso acerca do embate liberdade de consciência versus obrigações legais.

No Brasil, a Constituição de 1937 previa, em seu art. 119, que “Perdem-se os direitos políticos: pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros.”

A CF/88, ao contrário, possui previsão expressa da escusa de consciência no art. 143, § 1º, prevendo que compete às forças armadas, na forma da lei, “[...] atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.”

Ora, é claro que a sociedade não pode tolerar qualquer desobediência. Da mesma forma, também não será a tolerância de alguma desobediência que fará toda a organização política da sociedade desmoronar.

Existem, a princípio, boas razões para que não sejam processados criminalmente, aqueles que, em razão de sua consciência, desobedecem determinadas leis, como é o caso do recrutamento militar. Além disso, também há a razão de que a sociedade sofre uma perda ao punir um grupo que possivelmente inclui alguns de seus cidadãos mais leais e respeitadores da lei.

Outra questão que pode ser levantada é da validade da lei, que também pode ser duvidosa, eis que frequentemente as leis possuem sua constitucionalidade questionada. As leis que obrigavam o recrutamento nos EUA nos anos 60, notadamente na época da Guerra do Vietnã, eram especialmente claras quanto à sua imoralidade, até porque a guerra nunca foi endossada pelo povo, já que uma grande parte da população se opunha a ela. A lei considerar crime o aconselhamento à resistência ao recrutamento é uma evidente afronta à liberdade de expressão.

Enquanto o Direito der a impressão de considerar crime os atos de dissidência, o homem de consciência estará sempre em perigo. Esse postulado não é compatível com o conceito de tolerância, já apresentado aqui.

De acordo com *Dworkin* (2002, p. 340), as interpretações segundo as quais os crimes devem ser punidos, independentemente das objeções de consciência, são simplórias e inadequadas, sendo que o Direito é muito mais complexo. Para ele, temos uma responsabilidade para aqueles que desobedecem as leis por questão de consciência, ainda que ao concluir isso, o jurista em questão esteja dirigindo-se especificamente às leis do recrutamento militar no caso dos Estados Unidos.

Para *Rawls* (1999, p. 336), a desobediência civil e a objeção de consciência são alguns dos recursos estabilizadores de um sistema constitucional, embora por definição sejam ilegais.

Em *A Theory of Justice*, *Rawls* (1999, p. 319) divide metodologicamente a sua teoria constitucional da desobediência civil e escusa de consciência em três partes com os seguintes objetivos: 1) Definir a dissensão e a distinguir de outras formas de oposição à autoridade democrática; 2) Apresentar as razões do descumprimento das leis e em quais condições que tal ação se justifica em um regime democrático mais ou menos justo; 3) Explicar o papel da desobediência civil e da escusa de consciência dentro de um sistema constitucional e dar a conhecer a adequação desses modos de protesto no seio de uma sociedade livre.

4.3.2.2 A fundamentação rawlsiana da desobediência civil

Pela forma proposta, primeiramente o autor define como desobediência civil basicamente como um ato praticado abertamente e público, isto é, dirigido a princípios públicos e também feito em público. É uma expressão conclusiva do argumento de alguém, baseado em consciente convicção política, sem fazer uso da violência, nem qualquer

forma de restrição as liberdades civis dos outros indivíduos. Atua em uma posição entre a) o protesto jurídico a provocação intencional de processos exemplares e b) a recusa de consciência e as várias formas de resistência (RAWLS, 1999, p. 320).

Em atenção às razões da desobediência civil, sendo um ato político que se dirige ao senso de justiça da comunidade, justifica-se o uso da desobediência com o fracasso dos apelos normais à maioria política, como reivindicações, tentativas de provocar a revogação das leis injustas etc. A desobediência é, portanto, o último recurso, sendo justificada pelo fato de que outras tentativas normais serão inócua (RAWLS, 1999, p. 326-328).

Já em relação ao seu papel, depende bastante do modelo de sociedade apresentada. Isto é, se pensarmos na sociedade como um sistema regido por um representante soberano escolhido por Deus, governando por direito divino, então o pleito dos súditos é apenas considerado como uma súplica, ainda que a autoridade cometa erros. Neste caso, a sua desobediência seria uma rebelião contra a suprema e legítima autoridade moral e legal, eis que não cabe aos súditos corrigir o soberano. Porém, se a sociedade for composta por um sistema de cooperação entre iguais, aqueles que são prejudicados por uma grave injustiça não possuem a obrigação de obedecer. Isso porque a desobediência civil, desde que utilizada com moderação e justos critérios, ajuda a manter e reforçar as instituições justas, já que ela serve para prevenir desvios da rota de justiça e corrigi-los quando acontecem, trazendo estabilidade para a sociedade que é bem-ordenada ou quase justa (RAWLS, 1999, p. 336).

É necessário ainda que haja uma harmonia adequada nas concepções de justiça dos cidadãos e que eles respeitem as condições do recurso à desobediência civil, sob pena de o sistema incidir em uma anarquia.

Numa sociedade democrática, cada cidadão é responsável por sua interpretação dos princípios da justiça, e cada função constitucional,

o legislativo, o executivo e o judiciário, apresenta a sua interpretação da constituição e dos ideais políticos que a informam. Porém, o tribunal de última instância não se encontra no judiciário, muito menos no executivo ou legislativo, e sim o eleitorado como um todo, pois todo poder emana do povo. Quem pratica a desobediência civil, recorre por uma via especial a esse corpo (RAWLS, 1999, p. 336).

Não há como evitar inteiramente o perigo das lutas causadoras de divisões, da mesma forma que ninguém pode excluir completamente a possibilidade de uma profunda controvérsia científica. Todavia, se a desobediência civil justificadamente ameaçar a concórdia cívica, a responsabilidade não cai sobre aqueles que protestam, mas sobre aqueles que abusam da autoridade e do poder para justificar tal oposição, porque empregar aparatos coercitivos do Estado para manter instituições manifestadamente injustas é, por si só, uma forma de força ilegítima, que os homens, justificadamente, têm o direito de resistir (RAWLS, 1999, p. 341).

4.3.2.3 A fundamentação rawlsiana da objeção de consciência

Enquanto a desobediência civil é uma forma de apelo ao senso de justiça da maioria, a escusa de consciência, como o próprio nome diz, é uma simples recusa, por questão de consciência, a obedecer uma ordem ou mandamento legal. Nesse sentido, a objeção de consciência não é uma ação praticada publicamente, assim como aqueles dispostos a recusar um mandamento legal não procuram ocasiões para assim o fazer, e inclusive, esperam profundamente que a necessidade de desobedecer não se apresente (RAWLS, 1999, p. 342).

A objeção não se baseia em princípios políticos, mas pode estar fundamentada em princípios religiosos ou filosóficos, por exemplo. Porém, torna-se difícil distinguir a desobediência civil da escusa de consciência, quando se apresentam exemplos desta última pelos quais também são

fundamentados em princípios políticos, como deve ocorrer de regra na desobediência. Uma hipótese é alguém que se recusa a obedecer uma lei pensando que ela é tão injusta, que não há como acatá-la. Isso pode ocorrer por exemplo no caso da escravidão.

Um caso típico de objeção de consciência é, no caso das leis do recrutamento militar, o indivíduo sustentar que, consideradas todas as circunstâncias, entendendo que a situação viola os princípios morais aplicáveis às condutas de guerra, seu dever natural de não se transformar no agente do mal e de grave injustiça contra um outro ser humano pesa mais do que seu dever de obedecer.

Ainda, de acordo com Rawls, ao aplicar o caso do recrutamento em uma sociedade democrática, uma pessoa pode recusar-se a cumprir seu dever de entrar para as forças armadas durante uma guerra específica, argumentando pela injustiça dos objetivos do conflito (RAWLS, 1999, p. 334).

Ainda que em alguns casos, a recusa do serviço militar preveja apenas a escusa de consciência com base na convicção religiosa, devem-se compreender, em razão da equiparação de religião e ideologia, quaisquer convicções, sendo inaceitável um âmbito de proteção unitário. Porém, atualmente, as Constituições, de regra, preveem expressamente essa equiparação, como é o caso da CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), em seu art. 143, § 1º, e também da *Grundgesetz* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949), em seu art. 4º:

- 1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis.
- 2) É assegurado o livre exercício da religião.
- 3) Ninguém poderá ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. A matéria será regulamentada por uma lei federal. (DEUTSCHER BUNDESTAG, 2011).

Um exemplo de recusa ao recrutamento militar é o que aconteceu recentemente, em julho de 2014, no caso da guerra entre o grupo

extremista Hamas e Israel. Nesta situação, muitos soldados israelenses têm recusado o recrutamento militar, por entender que a guerra é imoral e injusta, conforme pode ser demonstrado pelo trecho abaixo, retirado de uma carta publicada em 23 de julho de 2014 no *Washington Post*, por uma jornalista e ex-avaliadora (quando prestou serviço militar) de recrutas do exército em questão. A carta foi assinada por um grupo de cinquenta cidadãos de Israel que recusaram participar de um ato que entendem como genocídio:

Em Israel, a guerra não é apenas a política por outros meios — ela substitui a política. Israel já não é capaz de pensar em uma solução para um conflito político exceto em termos de força física; não admira que seja propenso a ciclos de violência mortal que nunca terminam. E, quando os canhões disparam, nenhuma crítica pode ser ouvida.

[...]

Os palestinos da Cisjordânia e da Faixa de Gaza são privados de direitos civis e direitos humanos. Eles vivem sob um sistema legal diferente de seus vizinhos judeus. Isto não é culpa exclusiva dos soldados que operam nesses territórios. Muitos de nós servimos em funções de apoio logístico e burocrático; lá, descobrimos que todo militar ajuda a implementar a opressão aos palestinos.

[...]

Há muitas razões para as pessoas se recusarem a servir no exército israelense. Mesmo que tenhamos diferenças de formação e motivação, nós escrevemos esta carta. No entanto, contra os ataques a aqueles que resistem ao serviço obrigatório, apoiamos os resistentes: os alunos do ensino médio que escreveram uma declaração de recusa, os ultra ortodoxos que protestam contra a nova lei de conscrição, e todos aqueles cuja consciência, situação pessoal ou econômica não permitem que sirvam. Sob o pretexto de uma conversa sobre a igualdade, essas pessoas são obrigadas a pagar o preço. Não mais. (OR, 2014).

Os argumentos podem ser reforçados pela posição de um dos maiores sociólogos de todos os tempos, o judeu refugiado do holocausto, *Zygmunt Bauman*. Em entrevista fornecida ao *La Repubblica*, reproduzida no *Instituto Humanitas* da *Unisinos* e traduzida pelo doutorando *Moisés Sbardelotto*, as palavras do sociólogo confirmam o teor político e desumano que se encontra presente também na carta supra referida. Para o autor, as vítimas do gueto nazista agora ocupam o papel de malfeitores em situação análoga, transformando a Faixa de Gaza em um gueto que beira à perfeição (BAUMAN, 2014).

Inobstante, o que se requer, com a escusa de consciência, não é um pacifismo geral, mas uma objeção a praticar a guerra em determinadas circunstâncias. É claro que a recusa a participar de toda guerra em quaisquer circunstâncias é uma visão fantasiosa fadada a continuar sendo uma doutrina sectária, enquanto a escusa de consciência baseada nos princípios da justiça entre os povos, aplicados a conflitos particulares, é uma outra questão. Essa é uma recusa que afronta as pretensões do governo, e quando se alastra, a continuação de uma guerra injusta pode se tornar impossível. Caso os objetivos do poder do Estado se mostrem predatórios, uma disposição geral a resistir às exigências desse Estado se torna extremamente necessária (RAWLS, 1999, p. 335). Assim, justifica-se a escusa de consciência, cumprindo com o segundo item da metodologia apresentada em *A Theory of Justice*.

Por fim, quanto ao seu papel em um sistema democrático quase justo, pode-se utilizar os mesmos argumentos da desobediência civil, distinguindo-se daquela no sentido de que a escusa diz respeito, de regra, a questões religiosas ou filosóficas, enquanto a desobediência restringe-se, geralmente, às questões políticas.

4.4 CONSIDERAÇÕES

Com o decorrer da presente Seção, pôde-se compreender um pouco da teoria política rawlsiana, especialmente naquilo que abrange a Teoria da Justiça. Empregou-se aqui as seguintes categorias utilizadas pelo autor: *contrato social*, *posição original*, *véu da ignorância*, *sociedade bem ordenada*, *razão pública*, *consenso sobreposto*, *pluralismo razoável*, *background justice*, *background culture*, e os *princípios da justiça* – i.e. *liberdades básicas iguais* e *princípio da diferença* – além de muitas outras categorias não relacionadas diretamente ao autor referido.

A Teoria da Justiça como Equidade concebe como justiça mais apropriada para uma sociedade democrática aquela adotada por seus cidadãos em uma situação equitativa em relação a si mesmos, e na qual eles seriam representados por pessoas morais, livres e iguais.

Para isso, é imperiosa a vinculação do *contrato social* à ideia da *posição original*, no qual os representantes dos cidadãos, personificados teoricamente pelos *heads of families* (chefes das famílias), estariam afetados pelo *véu da ignorância*, sendo, portanto, unicamente pessoas morais e ignorantes quanto às suas funções na sociedade, não sendo então prejudicadas pelas contingências de posição social, distribuição das aptidoes naturais ou pelo acaso.

Com isso, decorrem paulatinamente os vários estágios existentes no desenvolvimento da sociedade, como o *contrato social* primordial, passando em algum momento pelo *estágio legislativo* – estabelecido pela escolha das instituições que devem reger a sociedade, segundo os princípios escolhidos na *posição original* – até a *sociedade já maturada*, com a *vinculação dos indivíduos aos seus direitos e deveres*.

Para tratar da limitabilidade da religião pelas instituições que compõem a estrutura básica da sociedade, foi escolhida a categoria do *consenso sobreposto*. Isso porque é ele o princípio, na linha de raciocínio

rawlsiana, que assegura a convivência entre as diferentes religiões. A aceitação mútua – que veio a substituir os confrontos armados lastreados na esfera religiosa – é uma adequação alcançada justamente em decorrência do consenso em torno de valores comuns.

Esse *consenso sobreposto* decorre da existência do que Rawls define como *pluralismo razoável*, isto é, a existência de diferentes pontos de vista, o que caracteriza uma democracia ao menos quase justa. A Teoria da Justiça de John Rawls pretende estruturar esse pluralismo razoável, onde seja possível um consenso de sobreposição que permita a participação de diferentes visões do mundo no quadro de uma democracia liberal.

Por fim, analisou-se nesta Seção, como decorrência do proposto nos objetivos da pesquisa, em razão da temática da liberdade religiosa – no que tange a questão da escusa de consciência – a questão da obrigação de cumprir as leis. Verificou-se, *a priori*, que o dever de civilidade impõe a devida aceitação dos defeitos das instituições em razão de beneficiar-se delas – benefício esse que também deve ser moderado – e resta claro que sem qualquer reconhecimento desse dever, a confiança mútua das partes vai por água abaixo.

Esse dever deve existir, pelo menos, em um estado de quase justiça, devendo-se obedecer a leis ou instituições injustas, desde que elas também não excedam certos limites de injustiça. O objetivo do projeto constitucional é garantir, na medida do possível, que os interesses específicos das diferentes classes sociais não distorçam os acordos políticos de forma que eles sejam feitos fora dos limites permitidos.

Pelo princípio democrático, considerado por Rawls como um princípio justo, justifica-se que a maioria possui o direito constitucional de legislar, contudo, isso não implica e nem garante que as leis elaboradas desta forma sejam necessariamente justas, o que traz à tona a referida polêmica sobre a obrigação de cumprir leis consideradas injustas.

Por último, discutiu-se a respeito da liberdade religiosa frente às obrigações legais. Concluiu-se que, em situações concretas, não há nenhuma distinção clara entre a desobediência civil e a objeção de consciência e, inclusive, as mesmas ações podem ter fortes elementos de ambas. Teoricamente, no entanto, a liberdade religiosa é situada no âmbito da escusa de consciência, enquanto a desobediência civil deve ser vinculada a questões políticas – o que, conforme foi visto, não coíbe a existência de questões acerca de religião no instituto da desobediência civil, ou de política em objeção de consciência.

De todo modo, estas formas de não cumprimento das leis, seja pela desobediência civil ou então pela escusa de consciência, devem ser não violentas e, ainda assim, consideradas como o último recurso a ser utilizado em uma *sociedade bem ordenada*.

CAPÍTULO V

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho, pode-se tecer certas considerações frente à existência dos dois elementos que se encontram no cerne da pesquisa: *Liberdade Religiosa e Teoria da Justiça*.

No que se refere à *Liberdade Religiosa*, demonstrou-se nesta pesquisa a sua relevância nas sociedades contemporâneas marcadas pelo pluralismo cultural. Neste aspecto, é extremamente necessário que haja tolerância, a fim de possibilitar a convivência entre diferentes culturas, especialmente em razão de hoje ser comum a existência de culturas distintas no mesmo território. No âmbito da Teoria da Justiça, essa convivência entre as religiões é assegurada pela existência do *consenso sobreposto*.

Inobstante, esta liberdade individual de religião deve ser equiparada também com a liberdade individual de ideologia, onde juntas sustentam o que é definido como “liberdade de consciência”. Sob este aspecto, não há um âmbito unitário de proteção, pois o direito fundamental compreende a liberdade de formar, possuir e manifestar uma crença ou uma ideologia – uma interpretação religiosa ou não religiosa do mundo e do homem e de agir em conformidade a ela.

Segundo extraiu-se no trabalho acerca da jurisprudência do *Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht)*, deve-se proteger não apenas as condutas culturais e usos religiosos, como também as atividades diacônicas e caritativas, educação religiosa, festejos laicos e ateus, bem como outras manifestações da vida religiosa e ideológica, como o direito de o particular orientar a sua conduta pelas doutrinas do seu credo e agir em conformidade com a sua convicção religiosa íntima.

Sobre a religião e a liberdade religiosa, é adotada a laicidade na maioria das democracias constitucionais contemporâneas. A laicidade, no entanto, é um princípio que opera em duas vias. De um lado, coíbe que o Estado realize intervenções abusivas às questões internas das diversas confissões religiosas – aspectos como valores, doutrina, cultos, organização

institucional, procedimentos, critérios de seleção sacerdotal,⁵⁴ etc – e, por outro lado, protege o Estado de ser influenciado pela seara religiosa.

É importante, no entanto, não confundir laicidade com laicismo, podendo significar, inclusive, conceitos opostos, eis que a laicidade consiste na inexistência de confusão entre o Estado e a Igreja, proveniente das doutrinas iluministas que verificaram a necessidade de haver esta separação, enquanto o laicismo concerne a uma oposição, ou até uma hostilidade, por parte do Estado em relação à Igreja.

Quanto a isso, demonstrou-se neste trabalho a existência de alguns dos casos mais polêmicos de laicidade, e também de violação da liberdade religiosa, que lhe é inerente. Neste sentido, apresentou-se a questão dos símbolos religiosos nos órgãos públicos, a transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, a mutilação genital feminina (excisão feminina), e o uso do véu islâmico, além de outros com menor repercussão.

Em um segundo momento, ao examinar o tema sob a ótica da *Teoria da Justiça*, compreendeu-se a necessidade de que haja uma igual liberdade entre todos e para todos. Assim, é imprescindível que as igrejas e universidades sejam limitadas, mas apenas para – além de respeitar o princípio da laicidade do Estado – manter iguais para todos as liberdades básicas e oportunidades iguais, ressaltando apenas a hipótese do segundo princípio básico da Teoria da Justiça, o *princípio da diferença*.

Nesta senda, considerou-se que, de acordo com a Teoria da Justiça, não é aceito o Estado confessional, eis que, para *John Rawls*, o justo é nada menos do que a existência da prerrogativa dos particulares se organizarem e se associarem livremente, seguindo a fé religiosa da forma que bem entenderem. Assim, não deve haver influência das questões religiosas no âmbito estatal, bem como não devem haver ingerência, por parte

⁵⁴ Sobre isso, citou-se no trabalho o “regalismo” previsto na Constituição brasileira de 1824, que definia a Religião Católica como religião oficial do Estado, inclusive incumbindo ao Poder Público nomear os sacerdotes (v. Título 3.3.3 - A Laicidade nas Constituições Brasileiras).

do Estado, nas questões religiosas, salvo a respeito de alguma matéria excepcional que ponha em risco os princípios basilares ou a estrutura básica da sociedade, por se tratar de um motivo forte e *sui generis*.

No tangente ao tema da *Teoria da Justiça*, apresentou-se, durante a pesquisa, os dois princípios básicos de justiça supostos por Rawls em seu *contrato social*.

O primeiro é o princípio da liberdade, pelo qual cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que sejam compatíveis com um sistema de liberdade para as outras. Esse princípio acarreta na liberdade de consciência (e conseqüentemente, religião), liberdade de associação e liberdade de expressão, bem como os direitos democráticos.

O segundo princípio desdobra-se em duas máximas. Para este princípio, as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para os menos favorecidos, dentro dos limites do razoável (*princípio da diferença*), e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (*princípio da justa igualdade de oportunidades*).

De fato, há de se concordar com Rawls que, sobre o princípio da diferença, de nada adianta garantir formalmente a voz política ou liberdade de associação para aqueles que vivem na miséria extrema e/ou são marginalizados na sociedade. Este princípio realmente parece necessário, ao contrário do que afirmam autores libertários, como por exemplo Robert Nozick, o qual diz que devemos aceitar as contingências e conviver com elas.

No entanto, o problema quanto a isso em sua teoria é se realmente são estes, e apenas estes, os dois princípios que seriam escolhidos pelos indivíduos nas condições estabelecidas pela *posição original*, além de não haver nenhuma forma clara de representação política no momento zero do contrato que estabelece a estrutura básica da sociedade.

Além disso, para alguns teóricos – como *Michael Sandel e Amartya Sen* –, o *contrato social rawlsiano falha horrivelmente se, ao estarem sob o véu da ignorância, os pactuantes esquecerem de todos os valores morais e arriscarem uma posição privilegiada na sociedade, enfatizando o interesse privado sobre o interesse comum.*

Mas ora, a essência do contrato social é, como o próprio Rawls afirma, que os contratantes possuam senso de justiça, e que sobre ele haja um consenso aceito entre todos os participantes, ao menos no que é essencial. Nos termos expostos por Rawls, a Teoria da Justiça deve ser adotada por seus cidadãos em uma situação equitativa em relação a si mesmos, e na qual eles seriam representados por pessoas morais, livres e iguais. Nestes termos, resta impossível que tais pessoas morais arrisquem uma posição privilegiada na sociedade.

Finaliza-se esta pesquisa salientando que, apesar de suas críticas (até porque nenhuma teoria é, em princípio, perfeita ou irrefutável), a *Teoria da Justiça* possui um papel muito grande em esclarecer para a filosofia política vários aspectos da justiça. É claro que a referida teoria é passível de ser abandonada, eventualmente, com a evolução de novas teorias. Tanto isso é verdade que, mesmo para o próprio autor, existiu uma grande tensão entre seus argumentos, ao passar dos anos. Contudo, a teoria já cumpriu uma grande função no âmbito da justiça, e ainda permanece sendo uma das maiores referências entre as teorias políticas, especialmente na corrente do liberalismo político (que se aproxima, no Brasil, à posição da social-democracia).

Ademais, a temática da Liberdade Religiosa deve ser bem quista, não sendo tratada de forma leviana ou superficial nos debates democráticos e políticos da atualidade, especialmente nas discussões acadêmicas, afinal, os elementos mais básicos da sociedade derivam da Religião, como a moral, a ética, os costumes, as leis e até mesmo inúmeros estilos de vida.

O reconhecimento da importância da Religião na sociedade é, portanto, o primeiro passo para alcançar a maturidade no embate.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALTAFIN, Juarez. *O Cristianismo e a Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AQUINA, Saint Thomas. *Summa Theologica*. Tradução Fathers of the English Dominican Province. Benziger Bros. Edition, 1947.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções*. Resolução 36/55, 25 nov. 1981.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

AZEVEDO, Reinaldo. Gilmar Mendes critica discussão sobre símbolos religiosos em Tribunais. *Revista VEJA*, São Paulo, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/gilmar-mendes-critica-discussao-sobre-simbolos-religiosos-em-tribunais-tomara-que-nao-mandem-derrubar-o-cristo-redentor/>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Humanos Fundamentais e Direitos Humanos Dependentes de Fatores Culturais - Novos Rumos de uma Possível Coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2014

BAUMAN, Zygmunt. *Entrevista fornecida La Repubblica: Gaza tornou-se um gueto. Com o apartheid, Israel nunca construirá a paz*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/533967-gaza-tornou-se-um-gueto-com-o-apartheid-israel-nunca-construira-a-paz-entrevista-com-zygmunt-bauman>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Expectativas para o século XXI: internet, políticas globais, nova definição de democracia, entre outros temas*. Entrevista concedida ao Núcleo de Pesquisa de Estudos Culturais, Leeds, Inglaterra, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cpfcultura.com.br/cafe-.filosofico/>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber: Um Perfil Intelectual*. Brasília: UnB, 1986.

BERKELEY, George. *A Treatise Concerning the Principles of Human Knowledge* [1710]. London: Jacob Tonson, 2002.

BOARD of Educ. Kiryas Joel Village School v. Grumet. The Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1993/1993_93_517>. Acesso em: 28 dez. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1891.

BRAZIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*. 1824.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDIM, Carlos Henrique. Prefácio. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

CASE Marbury vs. Madison, 1803. Disponível em: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/landmark_marbury.html>. Acesso em: 06 out. 2014.

CASTRO, Marina. *Pesquisa aponta falhas de lei que proíbe véu islâmico na França*. Disponível em: <<http://www.usp.br/aun/exibir.php?id=5295&edicao=939>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMTE, Augusto. *Curso de Filosofia Positiva*. Tradução Miguel Lemos e José Arthur Gianotti. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

COUTO, Felipe Macedo; ROCHA, Renato Gomes de Araújo. Uma análise de John Rawls e o cosmopolitismo a partir da obra de Immanuel Kant. *Revista Direito & Justiça*, v. 39, n. 1, p. 5-15, jan./jun. 2013.

DAVID, Sérgio Nazar. *Freud e a Religião*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Das grundgesetz – a lei fundamental da república federal da alemanha. Tradução Aachen Assis Mendonça. jan. 2011. Disponível na internet em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.

DEUTSCHE WELLE. *Tribunal Constitucional alemão proíbe crucifixo em salas de aula*. Disponível em: <<http://www.dw.de/1995-tribunal-constitucional-alemao-proibe-crucifixo-em-salas-de-aula/a-606984>>. Acesso em: 21 out. 2014.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: O sistema totêmico na Austrália*. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EINSTEIN, Albert. *Mein Weltbild*. 1931. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/8241053/Mein-Weltbild-Albert-Einstein>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FEUERBACH, Ludwig. *A Essência do Cristianismo*. Tradução José da Silva Brandão. Petrópolis: Vozes, 2007.

FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Estado e Igreja*. São Paulo, 27 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2710200302.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Religião e Interculturalidade*. Tradução Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

FOSSARI, Roseli Coelho. *Lei Natural e Direito Natural em John Finnis*. Disponível em: <http://www.academia.edu/2550783/A_lei_natural_eo_direito_natural_em_John_Finnis>. Acesso em: 06 out. 2014.

FRAZER, James George. *The Golden Bough: A Study in Comparative Religion*. New York: Macmillan and Co. and London, 1894.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: Um Exame sobre as Possíveis Limitações à Liberdade de Expressão. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NERY, Rogério; SMORTO, Guido. *O Desafio dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

FREITAS, Riva Sobrado de. Dignidade Humana e Liberdade de Convicção: Um Exame da Eficácia Material deste Direito na Experiência Francesa e Possíveis Repercussões no Mundo Ocidental. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

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

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GERCHMANN, Léo. Crucifixo no Tribunal divide juízes no Sul. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 out. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0310200520.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HAHN, Paulo. A Atualidade do Fundamento Metafísico da Moral e da Compaixão de Schopenhauer Enquanto Suporte Ético e Crítico para o Discurso dos Direitos Humanos e da Interculturalidade. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. NERY, Rogério; SMORTO, Guido. *O Desafio dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

HAHN, Paulo. *Consciência e Emancipação: Uma reflexão a partir de Ludwig Feuerbach*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2003.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HUME, David. *Treatise of Human Nature*. 2010.

JERÔNIMO, Patrícia. Símbolos e símbolos – o véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In: SECOND INTERNATIONAL CONFERENCE OF MINIA UNIVERSITY – THE ARAB-WESTERN DIALOGUE: DIVERSITY OR DIVERGENCY UNTO HARMONY, 2010. *Anais...* 2010.

JUNG, Carl Gustav. *Psicologia e Religião*. Tradução Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Vozes, 1971.

JUNG, Carl Gustav. *The Practice of Psychotherapy: Essays on the psychology of the transference and other subjects*. Tradução R. F. C. Hull. New York: Bollingen, 1954.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Ícone, 2013.

KANT, Immanuel. *The Critique of Practical Reason*. Tradução Thomas Kingsmill Abbot. 1788.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONINGS, Johan M. H.; ZILLES, Urbano (Org.). *Religião e Cristianismo*. 7. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

LAMA, Dalai (Tenzin Gyatso). Buddhism, Christianity, and Prospects for World Religion. In: REA, Michael; POJMAN, Louis. *Philosophy of Religion: An Anthology*. 6. ed. Boston: Wadsworth, 2012.

LOCKE, John. *Carta Sobre a Tolerância* [1689]. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 2007. (Coleção Os Pensadores).

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARX, Karl. *Critique of Hegel's Philosophy of Right* [1844]. Tradução Joseph O'Malley. Oxford University Press, 1970.

MEIRELLES, Mauro. Religião em tempos de globalização e transnacionalização religiosas: a produção da crença e a reinvenção de tradição a partir contato intercultural entre diferentes sujeitos e instituições. *Debates do NER*, Porto Alegre: UFRGS, a. 13, n. 22, jul./dez. 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. Saraiva, 2009.

MIGUEL, Luis Felipe. Justiça e representação política em Rawls e Dworkin. GT 35 - Teoria Política e pensamento político brasileiro. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 36., 2012 Águas de Lindóia. *Anais... Águas de Lindóia*, out. 2012.

MOREIRA, Manoel Messias da Silva. *Aspectos Psicológicos Na Cura Religiosa Pentecostal*. 2006. 184 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião)–Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2006.

MORESI, Eduardo. *Metodologia da pesquisa*. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://www.inf.ufes.br/~falbo/files/MetodologiaPesquisa-Moresi2003.pdf>>. Acesso em:

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

ODY, Cesi Cristiani. *Liberdade Religiosa e Constrangimento Ilegal: o caso de transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová*. 2009. 187 p. Dissertação (Pós-Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010.

O REFORMADOR Agostinho de Hipona e seus discípulos do Séc. XVI. *Filosofia Calvinista*, nov. 2009. Disponível em: <<http://filosofiacalvinista.blogspot.com.br/2009/11/o-reformador-agostinho-de-hipona-e-seus.html>>. Acesso em: 06 out. 2014.

OR, Yael Even. *We Are Israeli Reservists. We Refuse to Serve*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/07/23/we-are-israeli-reservists-we-refuse-to-serve/>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Princípios Sobre a Tolerância*. nov. 1995.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Humana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 jan. 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Staatsrecht: Grundrechte.

POR QUE as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue? *Testemunhas de Jeová*. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada; conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAWLS. John. *A Theory of Justice* [1971]. 6. ed. Cambridge: Harvard, 1999.

RAWLS, John. *Justiça Como Equidade: Uma Reformulação*. Tradução Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

ROHDEN, Huberto. *Einstein: O Enigma do Universo*. Martin Claret: São Paulo, 2007.

ROHDEN, Huberto. *Memória Rohden - Curso Nova Humanidade: Transcrições das palestras ministradas por Huberto Rohden*. São Paulo: 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social* [1762]. Mar. 2002. Edição Ridendo Castigat Moraes. Mar. 2002.

SALDANHA, Nelson. *Teológico, Metafísico e Positivo: Filosofia e Epistemologia No Ocidente Moderno*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2. ed. New York: Cambridge, 1998.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SANDEL, Michael J. *What money can't buy: The moral limits of markets*. Penguin Books, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Direito Fundamental à Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: O dever de acomodação razoável no direito brasileiro*. 2012. 514 p. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais ea construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. O modelo brasileiro de estado laico e sua repercussão na hermenêutica do direito fundamental à liberdade religiosa. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, v. 11, n. 1, p. 93-134, 2011.

SANTOS, Renan. Martin, Craig, *Masking Hegemony: A Genealogy of Liberalism, Religion and the Private Sphere*. London: Equinox, 2010. *Debates do NER*, Porto Alegre: UFRGS, a. 13, n. 22, jul./dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). et al. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. Os crucifixos nos Tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*, maio 2007.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2009.

SIDEKUM, Antonio. Direito e valores morais em Kant. *Espaço Jurídico*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 11 n. 2, jul./dez. 2011.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'est-ce que le Tiers État? In: BASTOS, Aurélio Wander (Org.). *A Constituinte Burguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. 2007. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SÍMBOLOS religiosos devem ficar em órgãos públicos. *Consultor Jurídico*, 01 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/justica-federal-sp-mantem-simbolos-religiosos-reparticoes-publicas>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

SMITH, Huston. *Por que a religião é importante: O destino do espírito humano num tempo de descrença*. São Paulo: Cultrix, 2001.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

THE CONSTITUTION of the German Empire of August 11, 1919. Disponível em: <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=4863>. Acesso em: 30 ago. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. *The United States Constitution*. Disponível em: <<http://constitutionus.com>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS. 2009.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Dicionário Filosófico* [1764]. Edição Ridendo Castigat Moraes. 2002.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A defense of pluralism and equality*. Basic Books, 1983.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEISS, Raquel. Durkheim e as formas elementares da vida religiosa. *Debates do NER*, Porto Alegre: UFRGS, a. 13, n. 22, p. 95-119, jul./dez. 2012.

WILGES, Irineu. *Cultura Religiosa: As Religiões do Mundo*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

WOODS JÚNIOR, Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Tradução Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.

Sobre o autor:

Julio Cesar Frosi é Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; julio@frosi.com.br

