

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

FLÁVIO DE ALMEIDA VALE

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DISCURSO RELIGIOSO:

Uma relação de exercício de direitos e incompatibilidades

JUIZ DE FORA

2013

FLÁVIO DE ALMEIDA VALE

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DISCURSO RELIGIOSO:

Uma relação de exercício de direitos e incompatibilidades

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora-MG, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre Direito.

JUIZ DE FORA

2013

V149d

Vale, Flávio de Almeida

Os direitos fundamentais e o discurso religioso: uma relação de exercício de direitos e incompatibilidades . / Flávio de Almeida vale.
– Juiz de Fora, 2013.

106f.

**Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos
Coelho**

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos
Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2013.

FLÁVIO DE ALMEIDA VALE

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DISCURSO RELIGIOSO:

Uma relação de exercício de direitos e incompatibilidades

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 20/11/2013

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Orientador)

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Professor Doutor Marcelo Maciel Ramos (Co-Orientador – Membro-externo)

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Professora Doutora Maria Theresa Vaz Calvet de Magalhães (Membro-interno)

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Resumo

O presente estudo pretende trazer uma reflexão acerca da relação de convivência entre o discurso religioso e os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico. Pretende-se mostrar que desta relação podem surgir alguns conflitos. Tais conflitos ocorrerão, sobretudo, entre os direitos de liberdade, em geral, de igualdade, bem como entre os direitos de liberdade religiosa e expressão do pensamento religioso. Para dirimir esses conflitos, será necessário lançar mão de recursos hermenêuticos. Esta solução conduzirá ao afastamento de alguns desses direitos, para que outros possam ser satisfeitos de uma maneira mais efetiva. Para tanto, será necessário o estudo dos direitos fundamentais, aprofundando nos direitos de liberdade. Será necessário também o estudo dos conflitos normativos e suas soluções. Assim, pretende-se demonstrar que o discurso religioso, pautado em direitos fundamentais, pode, por muitas vezes, ser contrário e ofensivo a outros direitos fundamentais, o que gera um conflito entre tais direitos. Com isso, esperamos demonstrar que, para solucionar esse conflito, o discurso religioso deve ser suprimido, afastando o direito fundamental de liberdade de expressão religiosa, para que assim possa se consagrar da maneira mais efetiva possível a liberdade e igualdade de todos os cidadãos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade. Igualdade. Liberdade Religiosa.

Abstract

The present study aims to bring a reflection about the relation of coexistence among the religious speech and fundamental rights within the legal system. It is intended to show that this relationship may arise some conflicts. Such conflicts occur, above all, between the rights of freedom and equality, as well as between the rights of religious freedom and expression of religious thought. To solve these conflicts, it is necessary to make use of hermeneutics resources. This solution will lead to the removal of some of these rights, so others can be satisfied in a more effective way. To this end, it will be necessary the study of fundamental rights, deepening in the rights of freedom. Also will be necessary the study of normative conflicts and their solutions. Thus, it is intended to demonstrate that the religious discourse, based on fundamental rights, can often be contrary and hurtful to other fundamental rights, which creates a conflict between such rights. With this, we hope to demonstrate that, to resolve this conflict, religious discourse should be secluded, moving away from the fundamental right to freedom of religious expression, so it can devote the most effective possible way the freedom and equality of all citizens.

Keywords: Fundamental rights. Liberty. Equality. Religious Freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
1.1 – Conceituando direitos fundamentais.....	9
a) Direitos naturais e direitos do homem	9
b) Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.....	12
c) O conceito de direitos fundamentais.....	17
1.2 – Consagração histórica dos direitos fundamentais.....	19
a) A antiguidade e a libertação do saber racional	20
b) A Democracia Ateniense e o Império Romano – a liberdade política e a liberdade individual	23
c) A Idade Média e o Absolutismo	26
d) A Independência Norte Americana e a Revolução Francesa.....	30
e) O Estado Social e os movimentos comunistas.....	33
f) O período pós-guerras e a internacionalização dos direitos fundamentais	35
g) O período contemporâneo e a nova concepção de igualdade	36
1.3 – A importância do respeito à consagração histórica dos direitos fundamentais	38
II – A LIBERDADE	40
2.1 – Construindo o conceito de liberdade.....	41
a) Da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos	41
b) A liberdade como um acontecimento histórico	47
c) A liberdade no mundo contemporâneo	48

d) O conceito de liberdade	52
2.2 – Os direitos de liberdade	53
a) Liberdade de pensamento e de expressar o pensamento.....	54
b) Liberdade religiosa	60
c) Os limites das liberdades de pensamento, expressão e religiosa. A relação entre essas liberdades, os indivíduos e o Estado	65
2.3 – A limitação da liberdade em conflitos diretos	67
a) Regras e princípios.....	68
b) Solução dos conflitos normativos	75
c) A máxima da proporcionalidade	80
d) A limitação da liberdade em conflitos concretos.....	83
III – AS QUESTÕES RELIGIOSAS, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NEUTRALIDADE DO ESTADO	85
3.1 – A neutralidade do Estado quanto às questões religiosas	85
3.2 – As questões religiosas em meio às questões estatais e sociais	88
a) O casamento entre pares homoafetivos.....	89
b) Malala Yousafzai, o Talibã e a liberdade de ensino	94
c) Escolha da religião e exercício de liberdade	96
3.3 – Um conflito entre princípios: A liberdade de crença e os direitos fundamentais	100
CONCLUSÃO.....	103
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação proporemos uma reflexão acerca dos conflitos que podem ser originados entre o exercício de direitos fundamentais e as questões determinadas pelas doutrinas religiosas e como poderiam ser resolvidos esses conflitos.

Esta reflexão nos exigirá um exercício de hermenêutica jurídica e de análise histórica. Isso porque, como pretende se observará, a análise desta relação se mostra mais complexa do que aparentemente possa parecer. Em verdade, o possível conflito resultante dessa relação tomará forma de colisão entre direitos fundamentais. Assim, o aspecto histórico é de fundamental importância para que se possa analisar a valoração dos direitos conflitantes, exigindo, assim, um exercício de hermenêutica.

O objeto dessa dissertação é a análise do discurso religioso, pautado sobre o direito de liberdade (religiosa e seus corolários), frente aos demais direitos fundamentais. Acreditamos na importância de tal estudo em razão de se observar a crescente influência de líderes religiosos em assuntos que dizem respeito à coletividade, sobretudo mediante representação religiosa junto aos poderes estatais, em especial o legislativo, através de bancadas religiosas.

Possuímos a consciência de que o assunto a ser abordado é árido e, certamente, precisa ser tratado de maneira cautelosa para não deixarmos uma impressão de um discurso de “ódio” à religião. O presente trabalho pretende expor nosso ponto de vista de maneira fundamentada e desprovida de preconceitos.

Portanto, busca-se, nesta dissertação, a resposta para os seguintes questionamentos: Qual o fundamento do discurso religioso? Esse discurso pode conflitar com algum direito fundamental? Quais são os limites impostos a esse discurso?

A obtenção das respostas desses questionamentos exigirá um exercício de hermenêutica aliado a uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, que são o centro da discussão. Com isso, a divisão dos capítulos foi realizada no sentido de esclarecer como esses direitos surgiram e como se relacionaram ao longo da história.

Já no primeiro capítulo, iniciamos os estudos acerca dos direitos fundamentais, procurando delimitar sua questão conceitual e também a contextualização histórica do processo que os originou, como são hoje conhecidos. Com isso, analisamos nesse capítulo os termos utilizados em referência aos direitos fundamentais, buscando uma unicidade conceitual e, também, como se deu o processo de formação desse conceito, como surgiram os

primeiros indícios dos direitos fundamentais, que, a nosso ver, tiveram início já na antiguidade clássica, muito embora não se observasse de fato, nessa época, os direitos fundamentais tal como são conhecidos hoje.

O segundo capítulo começa a direcionar o estudo para os direitos que formam a discussão central da dissertação. Iniciamos esse capítulo demonstrando que, entre os direitos fundamentais, são os direitos de liberdade que figuram como atores principais no tema desse trabalho. Assim, tal como fizemos no primeiro capítulo, buscamos uma delimitação conceitual da liberdade, traçando também um panorama histórico desta.

Porém, diferente do que propomos para o primeiro capítulo, no segundo buscamos nos deter mais no problema, apresentando as possíveis limitações para os direitos de liberdade. Para tanto, é necessária a análise desses direitos no tangente às suas normatividades, mais precisamente consoante ao tipo de norma a que eles pertencem. Isto porque a depender do tipo de norma (princípios ou regras) que se configurar, a solução de conflitos e a limitação desses direitos ocorrerão de uma maneira específica.

Por fim, o terceiro capítulo irá estudar as questões religiosas no âmbito do Estado, abordando os possíveis conflitos que decorrem dessa relação, a fim de pensar em termos práticos as questões tratadas nos primeiros capítulos. Buscaremos refletir sobre possíveis soluções desses conflitos, levando-se em consideração os tipos de normas envolvidas, a correta maneira de limitá-las e de solucionar os conflitos entre elas, e, sobretudo, suas importâncias, em virtude do processo histórico de suas formações.

A linha de pesquisa a que pertence esse trabalho é a de “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo”, situando-se nos marcos da Teoria do Direito, da Filosofia Jurídica, e do Direito Constitucional, em especial em consonância aos direitos de liberdade. Acreditamos que a conexão da presente dissertação com a referida linha de pesquisa pode ser observada como um exercício didático entre o assunto abordado no trabalho e o título da linha de pesquisa: A dissertação aborda a relação do discurso religioso, principalmente o atual (contexto social e político contemporâneo), no tangente a sua influência no Estado e nas diretrizes desse (Direito), podendo haver conflito com os direitos de liberdade (efetivação dos direitos humanos) das pessoas (Pessoa).

Dessa forma, busca-se estudar como o discurso religioso pode gerar, hoje, conflitos em face dos direitos fundamentais, sobretudo os de liberdade, a fim de solucionar de forma razoável e justa esses conflitos e procurando sempre uma maior efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista a árdua consagração desses.

I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 – Conceituando direitos fundamentais

A tarefa de conceituar os Direitos Fundamentais mostra-se mais complexa do que a princípio possa parecer. Isto porque para se chegar a um conceito satisfatório é necessário avaliar outras expressões que tangenciam esse conceito. Esta necessidade pode ser muito bem ilustrada com a seguinte passagem de José Afonso da Silva:

a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstancia de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem¹.

Antes de apresentar o conceito de direitos fundamentais, faz-se necessário uma breve análise de algumas dessas mais variadas expressões que tangenciam tal conceito.

Tal análise mostra-se de suma importância para um uniforme desenvolvimento do presente trabalho, pois através dela buscar-se-á a delimitação conceitual para o decorrer da dissertação.

a) Direitos naturais e direitos do homem

A expressão “direito natural” carrega consigo diferentes sentidos a depender da escola filosófica que se dispõe a conceituar tal expressão. Porém, ponto comum nessas teorias é a afirmação de que o “direito natural” se opõe ao “direito positivo” ou “realista”, sendo esses direitos independentes de quaisquer chancela do Estado ou de qualquer outra entidade, vez que são inerentes à própria condição humana.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 175.

De acordo com os ensinamentos de Norberto Bobbio², os direitos naturais são direitos históricos, que nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade, tornando-se um dos principais indicadores do progresso histórico.

É importante ressaltar que já na antiguidade era possível notar a ideia de direito natural, quando era apontada uma distinção entre o justo natural e as leis da *polis*. Essa distinção ocorria pelo fato de ser observada, ao lado das leis escritas, a noção de leis não escritas, que eram dotadas de igual importância que aquelas. Essas leis não escritas,

tratavam-se, a bem dizer, de noção ambígua, podendo ora designar o costume juridicamente relevante, ora as leis universais, originalmente de cunho religioso, as quais, sendo regras muito gerais e absolutas, não se prestavam a ser promulgadas no território exclusivo de uma só nação³.

O direito natural era observado no tangente às citadas leis universais, que independiam da promulgação do Estado, ou seja, eram leis que deveriam ser observadas independentemente de serem escritas.

Inicialmente, o fundamento dessas leis naturais se encontrava na divindade, o que foi sendo dissipado com o tempo, surgindo assim a necessidade de se encontrar outro fundamento para essas leis universais. Os sofistas e, mais tarde, os estóicos, por exemplo, encontraram tal fundamento na natureza⁴.

A primeira distinção entre direito natural e direito positivo, muito embora a expressão “direito natural” já houvesse sido utilizada pelos sofistas, foi feita por Aristóteles, que denomina as leis não escritas (de direito natural) de “leis comuns”, reconhecidas pelo universal, por oposição às “leis particulares”, próprias de cada povo, como ensina Fábio Konder Comparato⁵.

Tal distinção entre direito natural e direito positivo foi, inclusive, importante para a sujeição do direito positivo aos valores inerentes da natureza humana, como bem salienta José Joaquim Gomes Canotilho:

as concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 2.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 26.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 26.

a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem⁶.

Canotilho⁷ ainda ressalta a importância da secularização do direito natural, quando houve a substituição da vontade divina pela natureza ou razão das coisas, onde irão vigorar os preceitos da *rectae rationis* que irão condicionar a de direitos naturais do indivíduo e a concepção de direitos humanos universais.

Com a secularização do direito natural e o conseqüente surgimento de uma doutrina de natureza racionalista, ou seja, da natureza racional do homem, mais precisamente nos séculos XVII e XVIII, passou-se a sustentar teses de direitos inatos aos homens com o intuito de se opor à concepção vigente de poder absoluto dos governantes com fundamento na divindade⁸.

Esses direitos inatos do homem, direitos naturais, segundo os jusnaturalistas, independem da vontade do Estado ou de qualquer outra entidade, pois, para eles, “o homem, habitante do estado de natureza, era portador de direitos em decorrência de sua condição de homem, ainda que lhe faltasse a devida segurança para o gozo pleno”⁹. Na mesma linha, José Afonso da Silva defende que os “direitos naturais diziam-se por se entender que se tratava de direitos à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”¹⁰.

José Adércio Leite Sampaio compara os direitos naturais aos direitos humanos ou direitos do homem, defendendo que a diferença do uso dessas expressões se dá devido à diferença de períodos históricos. Para o autor,

os contratualistas de Grocio a Pufendorf, de Hobbes a Locke e os deontólogos como Kant falavam em ‘direitos naturais’ e em ‘direitos inatos’ ou ‘originários’, para destacar tanto a sua precedência ao pacto social quanto para denotar a sua originalidade humana. A expressão ‘direitos humanos’ ou ‘direitos do homem’ aparece nos escritos revolucionários modernos (...) ¹¹.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 358.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. cit. p. 358.

⁸ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. cit. p. 173-174.

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 22.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. cit. p. 176.

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. cit. p. 7.

Tal posição de Sampaio não é compartilhada por alguns autores, que defendem que há algumas diferenças entre as expressões, como, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet¹² que, baseando-se na doutrina de Bobbio, dita que a positivação dos direitos humanos em normas de direito internacional revela uma dimensão histórica e relativa desses direitos, fazendo assim com que esses se desprendessem da ideia de um direito natural.

A posição defendida por Sarlet não nos parece de toda acertada, pois, conforme será observado adiante, por mais que haja uma dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, esses não têm o seu conteúdo esvaziado, não perdendo suas características precípuas. Outro ponto que também merece ser destacado é o fato de que a positivação desses direitos só os diferenciam dos direitos naturais no caráter formal, não havendo perda em seu conteúdo material, ou seja, por mais que os direitos naturais passem a ser positivados, eles continuaram tendo a mesma carga valorativa, continuando a serem inatos.

Assim, após essa breve análise dos direitos naturais, pode-se conceituar esses como direitos que são considerados inatos, não dependendo de sua positivação para que sejam válidos, pois retiram seu fundamento da própria razão humana, sendo inclusive utilizados para frear o poder dos governantes, como bem explicita Foucault, que, mesmo não tratando especificamente do tema “direitos naturais”, dita que esses “fazem valer como direitos imprescritíveis, que nenhum soberano, como quer que seja, pode transgredir”¹³.

Visto o conceito de direitos naturais, passamos à conceituação de direitos do homem e direitos humanos, para poder atingir um conceito de direitos fundamentais.

b) Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais

A maior parte da doutrina se inclina no sentido de não haver uma diferenciação material entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, mas, sim, uma distinção formal, vez que os direitos humanos e os direitos fundamentais seriam direitos do homem inseridos em um corpo normativo, como será apontado nas seguintes linhas.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart; sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana; trad. Eduardo Brandão; rev. trad. Claudia Berliner. São Paulo. Martins Fontes. 2008. p. 12.

Os direitos do homem são direitos inerentes à própria condição humana. São consagrados em estágio pré-político, materializando-se como valores morais, independentemente de estarem inscritos ou não em algum documento. Percebe-se que tal conceito faz com que os direitos do homem se insiram no rol de direitos naturais, já abordado no item anterior.

Para Robert Alexy¹⁴, os direitos do homem são direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. As duas primeiras características citadas pelo autor auxiliam no entendimento do conceito de direitos do homem e no reforço da tese de que esses são inerentes à própria condição humana, logo, independem da vontade estatal.

São direitos universais pelo fato de serem um ideal universal e, principalmente, por possuírem como titulares e destinatários a universalidade, ou seja, todos os homens, como bem expressa o próprio Alexy: “a universalidade dos titulares consiste nisto, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens”¹⁵.

A caracterização dos direitos do homem como direitos morais dá-se justamente pelo fato de não serem direitos necessariamente positivados, ou seja, independem de positivação para a sua validade. Segundo Alexy,

para a validez ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada¹⁶.

Através da breve explanação sobre as duas primeiras características trazidas por Alexy, há um claro enquadramento dos direitos do homem como direitos naturais (morais) pertencentes aos homens apenas pelo fato de serem homens (universais).

Os direitos humanos também são direitos inerentes à própria condição humana, como bem explicita Comparato, em sua obra *A afirmação histórica dos direitos humanos*.

Segundo o autor, direitos humanos são “direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam de sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”¹⁷. O autor vai além, ditando que esses direitos “foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais

¹⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. trad. Luís Afonso Heck. in: *Revista de direito administrativo*. Renovar, Rio de Janeiro, v. 1, n. 217, p. 55-66, jul.–set., 1999. p. 58.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. cit. p. 59.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. cit. p. 60.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 32.

as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação”¹⁸.

Na mesma linha de raciocínio, segue Sampaio:

[P]odemos encontrar certas concepções que identificam os direitos humanos com as aspirações morais ou as necessidades humanas ‘maiores’, referidas tanto à dignidade do homem, expressa nos direitos de liberdade, igualdade, segurança e propriedade, quanto, para uns não para outros, aos seus interesses sociais e econômicos¹⁹.

Desse modo, como explicitado acima, os direitos humanos possuem a mesma carga material dos direitos do homem, como apontado na conceituação já trazida. Sua diferenciação vem no sentido formal, mais precisamente, pelo fato desses serem direitos positivados.

Assim sendo, foi visto até agora a diferenciação entre direitos do homem e direitos humanos, restando ainda a diferenciação desses dos direitos fundamentais.

Como já alertado no início, a distinção aqui também será meramente formal, uma vez que, em questão de conteúdo, tais direitos se assemelham.

Desnecessário é diferenciar direitos fundamentais de direitos do homem, pois seria redundante tal discussão, dado que, assim como na diferenciação entre direitos humanos e direitos do homem, a diferença está na questão da positivação. Com isso devemos esclarecer qual seria então a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo que ambos são direitos positivos.

A diferenciação desses direitos se dará exatamente no plano em que é realizada essa positivação. Enquanto os direitos humanos são positivados no âmbito internacional, os direitos fundamentais são positivados nas constituições, no âmbito do sistema jurídico de um determinado Estado.

Nesse sentido, Sarlet²⁰, dita que a nomenclatura “direitos humanos” está ligada a documentos de direito internacional, pois se refere ao reconhecimento do ser humano como tal, não havendo vinculação a uma ordem constitucional de algum Estado, tendo assim, nas palavras do autor, “um caráter supranacional”. No tocante a nomenclatura “direitos fundamentais”, Sarlet define que esta pressupõe o reconhecimento e a positivação dos direitos do ser humano nos limites constitucionais de um determinado Estado.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 38.

¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. cit. p. 22.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. cit. p. 35 e 36.

Na mesma corrente, Sampaio²¹ define que os “direitos humanos” seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o ser humano, independente de contexto social em que se achasse imerso”, sendo assim direitos que extrapolam as fronteiras nacionais,

porque seriam afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de jus cogens a todas nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948.

No que se refere aos direitos fundamentais, Sampaio define que esses “são aqueles juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)”²².

Alguns doutrinadores, a exemplo de Comparato, ditam que direitos fundamentais

são direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais²³.

Percebe-se que o autor define os direitos fundamentais como direitos humanos positivados tanto no plano internacional, quanto no plano interno de um Estado. Nesta concepção, há a aproximação do conceito de direitos do homem e de direitos humanos, permanecendo a diferença formal entre conceitos, porém desta vez, de um lado, os direitos humanos e do homem como direitos não positivados e, de outro lado, os direitos fundamentais como direitos positivados.

Seguindo a mesma linha de pensamento do citado autor, no sentido de não haver distinção material entre os conceitos, porém não entrando no mérito de formalização em documentos normativos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que a nomenclatura “direitos fundamentais” é apenas uma abreviação de “direitos humanos fundamentais”, que seria uma maneira politicamente correta de tratar os direitos do homem, que seriam os direitos humanos. Ensina o autor:

[É] verdade que, no diálogo político, não mais se falar em direitos do homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. (...). Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação²⁴.

²¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. cit. p. 8.

²² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. cit. p. 8.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 70 e 71.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

O autor atribui a mudança para o uso de um termo politicamente correto, defendido em sua tese, ao movimento feminista, que por anos lutou pela igualdade de direitos entre homens e mulheres, o que não cabe profunda análise nesse momento.

Alexy também volta seus ensinamentos no sentido de diferenciação apenas formal desses direitos, inclusive citando que não há perda alguma em questão de conteúdo dos direitos humanos quando realizada a positivação, como pode se observar na seguinte passagem:

A passagem dos direitos do homem, como direitos morais, para o direito positivo não significa, decerto, sua despedida. O contrário é exato, porque a parte essencial dessa passagem é a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais de conteúdo igual. Os direitos do homem não perdem, nessa transformação, em validez moral, ganham, porém, adicionalmente uma [validez] jurídica-positiva²⁵.

Na visão de Alexy, a positivação dos direitos humanos, “transformação” em direitos fundamentais, além de não modificar o conteúdo desses, os possibilita maior eficácia, pois “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência”²⁶, ao passo em que com a positivação desses, surgem meios adequados e eficazes para sua defesa.

Assim, é possível concluir que, no tangente a questão material, não há distinção entre os conceitos de “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Seguindo ainda a teoria de Alexy, a distinção formal apresentada entre esses possibilita ainda maior efetividade desses direitos, ou seja, no ponto em que tais conceitos se diferenciam, esta aparece para garantir maior tutela aos seus detentores.

Passemos então para o conceito dos direitos fundamentais (direitos com a mesma carga de conteúdo que os demais citados), pois esta será a nomenclatura a ser utilizada ao longo da dissertação.

²⁵ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. cit. p. 62.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. cit. p. 31.

c) O conceito de direitos fundamentais

Usualmente, a carga semântica inerente às nomenclaturas dos institutos jurídicos nos possibilita realizar breves reflexões sobre o significado desses. Proporemos, assim, de início, um breve exercício de reflexão sobre o significado semântico da expressão “direitos fundamentais”.

Sem adentrar nas mais diversas teorias sobre o conceito de “direito”, pois tal discussão, por si só, já resultaria em um bom trabalho científico, “direito”, em seu sentido objetivo, “apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade”²⁷. Em seu sentido didático, direito

é compreendido com a ciência que estuda as regras obrigatórias, que prescindem as relações dos homens em sociedade, encaradas não somente sob o seu ponto de vista doutrinário, abrangendo, assim, não somente o direito no seu sentido objetivo como subjetivo²⁸.

No seu sentido subjetivo, direito mostra-se como “uma faculdade ou uma prerrogativa outorgada à pessoa, em virtude da qual a cada um se atribui o que é seu, não se permitindo que outrem venha prejudicá-lo em seu interesse (...)”²⁹. Para a proposta apresentada aqui, o conceito mais pertinente é o conceito objetivo de direito.

A expressão “fundamental” é definida como “o que importa; o essencial” ou como “o que serve de fundamento”³⁰.

Unindo os significados semânticos trazidos acima, pode-se chegar ao seguinte conceito: Direitos fundamentais são um complexo orgânico constituído pelo conjunto de preceitos, regras e leis, importantes, essenciais e que servem de fundamento para as relações do homem vivendo em sociedade.

²⁷ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. Direito. In: _____. *Vocabulário jurídico*. atualização: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 461.

²⁸ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. cit. p. 461.

²⁹ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. cit. p. 461.

³⁰ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Fundamental. In: _____. *Aurélio 7 – Nova ortografia edição: 100 anos*, Versão 7.0.2011. [s.l.]: Positivo, 2011. CD ROM.

Porém, tal conceito, embora bastante sugestivo, não se mostra suficiente para um trabalho mais aprofundado que se disponha a tratar do assunto, sendo necessária a apresentação de um exame jurídico e filosófico sobre o conceito, o que passamos a apresentar.

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais são direitos humanos e, também, direitos do homem, como já apontado, porém, positivados, vale trazer novamente à tona as conceituações já estabelecidas. Mais precisamente, deve ser trazido o conceito de direitos do homem, pois os demais só se diferenciam no caráter positivo.

Corroborando com essa posição, Canotilho³¹ ensina que “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”. O autor, na mesma oportunidade, ainda ensina que a positivação dos direitos do homem traz maior efetividade a esses, pois quando não positivados, esses são apenas “esperanças, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direitos fundamentais”.

Para Canotilho, os direitos fundamentais são direitos “naturais e inalienáveis do indivíduo”³² que estão diretamente ligados à noção de dignidade humana.

Ferreira Filho, ao conceituar direitos fundamentais, ensina que esses são instrumentos de limitação do poder estatal, afirmando que esses direitos “definem a fronteira entre o que é lícito e o que não é para o Estado. E, limitando o poder, deixam de fora do seu alcance um núcleo irredutível de liberdade”³³.

Antonio-Enrique Perez Luño³⁴ classifica os direitos fundamentais como um conjunto de valores básicos do cidadão, servindo, ao mesmo tempo, como o marco de proteção das relações jurídicas subjetivas. Para o autor, “os direitos fundamentais respondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que (...) tem de informar todo nosso ordenamento jurídico”³⁵. Ou seja, percebe-se que o autor, assim como os demais citados, conceitua os direitos fundamentais como aqueles direitos básicos inatos a todos os homens.

Com tudo que até agora foi abordado, tem-se que os direitos fundamentais são “direitos do homem” positivados no âmbito de um Estado. Substituindo a expressão “direitos

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. cit. p. 353.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª cit. p. 353.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. cit. p. 24.

³⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998. p. 20.

³⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 22.

do homem” pelo seu conceito, tem-se o conceito jurídico dos direitos fundamentais: Direitos fundamentais são direitos inatos, ou seja, inerentes à própria condição humana, positivados na Constituição de um determinado Estado, sendo instrumentos de controle do poder dos governantes.

Uma vez estudada a conceituação dos direitos fundamentais, passaremos a apresentar a consagração desses ao longo do tempo, ilustrando como é árdua a tarefa quando há conflitos entre esses direitos, objeto de estudo do presente trabalho.

1.2 – Consagração histórica dos direitos fundamentais

Partindo-se do conceito de direitos fundamentais já descrito, constata-se que a positivação dos direitos inatos das pessoas, no âmbito de uma constituição de um Estado, figura como um mecanismo de controle do poder, seja dos governantes ou até mesmo de algum seguimento da sociedade. Porém, esse mecanismo de controle não se limita a simples positivação desses direitos, mas também como previsão de garantias a esses direitos e também a previsão de certos deveres. Para isso faz-se necessária a observância de um Estado de Direito, como afirma Perez Luño:

[S]e dá um estreito nexo de interdependência, genético e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, vez que o Estado de Direito exige e implica serem garantidos os direitos fundamentais, enquanto esses exigem e implicam para sua realização o Estado de Direito³⁶.

Essa relação entre os direitos fundamentais se deu de maneira distinta ao longo da história, sendo consagradas diferentes espécies de direitos em diferentes modelos de Estado, a depender da necessidade de cada sociedade. Com isso, pode se afirmar que os direitos fundamentais foram consagrados em etapas, a depender do momento histórico.

Tais etapas, em sua grande parte, são antecedidas por marcantes eventos que caracterizavam grandes desrespeitos à pessoa humana, consubstanciados, principalmente, pela dor física e psíquica a que eram submetidas as pessoas, como, por exemplo, ocorria na escravidão e nos experimentos humanos nazistas.

Com a ocorrência desses eventos, após o surgimento de muitas críticas, reflexões e até mesmo sentimento de culpa, surgem novas regras consagradoras da dignidade humana.

³⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 22.

Outra importante característica dessas etapas é a consagração desses direitos em momentos distintos para seguimentos diferentes da sociedade, isto é, mesmo após a consagração de determinados direitos, uma parcela da sociedade ainda se encontrava privada do gozo desses, o que obsta a verdadeira consagração dos direitos fundamentais. Como exemplo, pode ser citada a escravidão, pois, embora já se falasse muito da liberdade dos homens, esta perdurou durante muito tempo, até mesmo após a independência dos Estados Unidos, grande marco para os direitos fundamentais, inclusive dos direitos de liberdade.

Pois bem, uma análise mais aprofundada das etapas históricas da consagração dos direitos fundamentais, por si só, garantiria uma bela dissertação, o que não é o intuito do presente estudo. Mas é de suma importância uma breve análise destas etapas históricas, para que assim possa se retratar a dificuldade de limitação de direitos que foram consagrados através de muita luta.

a) A antiguidade e a libertação do saber racional

Dentro dessa breve análise da consagração histórica dos direitos fundamentais, podemos destacar alguns períodos da antiguidade. Embora não se pudesse observar, nesses períodos, a efetiva existência de direitos fundamentais ou de Estado de Direito, é possível a constatação de elementos essenciais para a formação desses.

Para Comparato³⁷, já no reino de Davi (996 a.C. a 963 a.C.) merecem ser destacados alguns pontos. Para o autor, nesse período, pela primeira vez na história, o governante passava a não se impor mais como Deus ou legislador, mas sim como aplicador da lei divina. Para o autor, “surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito”.

Embora compreensível a ideia do autor, no sentido de limitação do poder do governante, é discutível a existência nesse período de um embrião do Estado de Direito, como denomina o autor. Parece-nos mais acertado afirmar que nasciam ali os moldes do absolutismo, uma vez que o governante continua detentor de toda razão, pois, embora não se julgue Deus nem o legislador, ele continua detentor do poder absoluto emanado de uma suposta vontade divina. Em verdade, não há limitação alguma de seu poder.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 53.

Porém, há de se reconhecer que ali já nascia a preocupação de justificar o poder não mais pela simples imposição da pessoa na figura do governante, de um tirano. Forçadamente, pode se reconhecer ali um indício de limitação de poder, mas, em nossa opinião, jamais a limitação de fato.

Do período da antiguidade, relevante mesmo nos parece ressaltar o período Axial (800 a.C. a 200 a.C.). Nesse período, nos dizeres de Comparato, “se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje”³⁸. Tais diretrizes são principalmente observadas no que diz respeito à libertação da razão humana.

Nesse período, sobretudo na Grécia, pela primeira vez na história, o indivíduo, pautado na filosofia, liberta-se do saber mitológico da tradição, utilizando-se do saber lógico da razão. Essa razão consiste na busca do homem em conhecer o mundo a partir de si, de seus pensamentos³⁹.

Essa libertação do ser humano do saber mitológico é de fundamental importância para os direitos fundamentais, pois, é nessa época que pode se observar o aparecimento da liberdade, ou pelo menos, o embrião do que se entende hoje por liberdade⁴⁰. Para Marcelo Maciel Ramos, na mesma linha de ensinamento,

no momento em que o homem grego supera o seu medo natural, desafiando os seus próprios deuses e questionando toda a verdade sagrada de sua tradição, ele lança-se em um longo, doloroso e contraditório processo emancipador, que, no Ocidente, levará mais de dois milênios para se completar. Nesse primeiro momento, ele liberta-se, na medida em que se permite duvidar, abrindo-se à descoberta do mundo e de si mesmo. É essa atitude emancipadora que faz aparecer o germen da liberdade, sobre o qual a tradição científica e ética do Ocidente será construída⁴¹.

Com essa liberdade que passa a gozar o homem, esse passa a não mais se sujeitar àquilo que lhe é imposto por uma vontade divina, sobrenatural, mas sim àquilo que é oriundo da razão humana, de sua capacidade de se relacionar com os demais cidadãos, o que nos

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 24.

³⁹ Tal situação é muito bem descrita por Marcelo Maciel Ramos: “[A] razão ocidental é consciente e voluntariamente concebida como obra humana. É a razão de um homem que procura conhecer o mundo a partir de si mesmo, pois o mundo não é para ele mais do que o que ele pensa sobre o mundo. É em si, em seus pensamentos, que se encontra a chave para a compreensão da verdade. O mundo que ele constrói e que põe em marcha é um mundo refletido, é um mundo que é obra sua”. RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente - Uma Investigação face à Experiência Normativa da China*. 2010. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2010. p. 50.

⁴⁰ A liberdade será abordada de maneira detalhada em capítulos autônomos, pois os conflitos de direitos fundamentais apresentados como temática central do presente estudo são basicamente conflitos de liberdades, como será demonstrado, assim, tal assunto é de fundamental importância para o nosso propósito.

⁴¹ RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p. 52-53.

remete também a uma tímida ideia de igualdade entre os homens, enquanto seres dotados de racionalidade.

É nesse sentido que ensina Comparato, ao afirmar que

é a partir do período axial que, pela primeira vez na história, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes⁴².

É possível afirmar que foi durante a antiguidade que também despontou a ideia de igualdade essencial entre todos os homens, ainda que esta só se tenha sido reconhecida para quase todos os povos da terra na Declaração Universal dos Direitos do Homem, vinte e cinco séculos após.

Levando-se em consideração o conceito de direitos fundamentais estudado e de acordo com os ensinamentos acima destacados, já na antiguidade, mais precisamente no período Axial, podia ser observado, ainda que timidamente, e não conforme hoje se conhece, o que seria o início dos direitos fundamentais, uma vez que já se buscava na razão humana direitos a ela inerentes.

Já se observava na antiguidade sinais daquilo que mais tarde veio a se entender como os direitos fundamentais. É nesse sentido que também segue Ferreira Filho⁴³, ao ensinar que a doutrina dos direitos do homem nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural despontada na antiguidade.

Canotilho⁴⁴, por sua vez, nega a existência de direitos do homem na antiguidade, utilizando-se do argumento de que Platão e Aristóteles consideravam como natural a escravidão. Porém, cumpre ressaltar que não pretendemos aqui dizer que já se podiam observar direitos fundamentais naquela época. O que existiam não eram os direitos fundamentais ou do homem em si, no sentido de suas consagrações ou até mesmo reconhecimento, mas sim indícios daquilo que algum dia se consagrou como direitos fundamentais. O próprio doutrinador português reconhece esses indícios, quando afirma que,

todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia de direitos fundamentais. O pensamento sofisticado, a partir da

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 23-24.

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. cit. p. 27.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. cit. p. 356-357.

natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade⁴⁵.

Assim, nota-se que embora não se possa observar a efetiva existência dos direitos fundamentais na antiguidade, tal período não se mostrou desimportante para a doutrina desses direitos, pois já se observava ali as noções essenciais dos direitos fundamentais, principalmente no que tangencia a liberdade e a igualdade, ainda que tais noções não tenham sido implementadas de fato para todas as pessoas.

b) A Democracia Ateniense e o Império Romano – a liberdade política e a liberdade individual

Também merecem destaque nesse processo de consagração histórica dos direitos fundamentais a Democracia Ateniense e a República Romana. Devido ao período histórico em que se enquadram (Democracia Ateniense, por volta de 590 a.C. e República Romana entre 509 a.C. e 27 a.C.) tais assuntos poderiam ter sido abordados no tópico anterior, quando tratamos da antiguidade, porém, trataremos em tópico distinto devido às diferentes características no tangente ao processo de consagração dos direitos fundamentais.

A Democracia Ateniense, nome da forma de governo em Atenas, na antiguidade, merece destaque nesse processo de construção histórica dos direitos fundamentais por ser considerada por alguns como a base da democracia moderna, muito embora as concepções de governo e de povo naquela época fossem distintas das que hoje se conhecem⁴⁶.

Nessa forma de governo, após o homem se libertar do saber mitológico e da busca do saber racional, como já exposto, o cidadão passa a procurar participar daquelas leis às quais iria se submeter, buscando se libertar das leis impostas pela natureza, vontade divina ou do governante⁴⁷. Assim, na vida política ateniense, o poder dos governantes passa a sofrer

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. cit. p. 357.

⁴⁶ Exemplo de tal diferença pode ser observada na seguinte passagem de Ramos: “É verdade que a experiência democrática grega, se comparada às democracias contemporâneas, parecerá bastante limitada. A participação na vida política restringia-se aos homens livres maiores de dezoito anos, o que excluía um enorme contingente de servos e mulheres. Todavia, ela representa a primeira experiência de liberdade política da história humana, tendo marcado e estimulado profundamente, no Ocidente, as reflexões acerca da lei e do justo”. RAMOS, Marcelo Maciel. *A invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p. 199.

⁴⁷ Nesse sentido, ensina Ramos: “Conforme vimos, a primeira grande inovação deriva da ruptura promovida pelo espírito grego entre a natureza e a cultura, a qual fez surgir a consciência do caráter eminentemente humano das

limitações advindas da soberania das leis e também pelo complexo conjunto de instituições de cidadania ativa, pelas quais, segundo Comparato⁴⁸, o povo, pela primeira vez na história, governou a si mesmo.

Na mesma linha de pensamento, Ramos afirma que

a relação que se estabelece na Antigüidade grega entre a lei que obriga os cidadãos e os cidadãos enquanto partícipes do processo de elaboração da lei representa uma experiência original na história das civilizações. Ao contrário do poder de um monarca que se impõe pela força de um prestígio pessoal ou religioso, o poder na democracia grega passa a ser exercido e justificado pela participação direta dos cidadãos⁴⁹.

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais são direitos inatos dos homens, positivados no âmbito de uma constituição de um Estado, visando, também, a limitação do poder dos governantes, é possível afirmar que, existindo na antiga Atenas aquilo que pode ser considerado como um indício da democracia, é possível notar ali um grande e importante passo na história da consagração dos direitos fundamentais. Isso porque a participação popular na formulação das leis às quais irá se submeter, ainda que não nos moldes de hoje, possibilita a maximização da razão humana e minimização da sujeição do indivíduo. Isso porque, nesta época, “os gregos não mais se submeterem à imposição de suas leis simplesmente pelo respeito e temor ao caráter sagrado de seus mandamentos ou pela autoridade também sagrada daqueles que a emanam”⁵⁰.

Não nos cabe aqui alongar demasiadamente esse assunto, dado que não é o tema central do presente estudo. Acreditamos que a breve exposição acima é suficiente para retratar a importância da Democracia Ateniense no processo de construção dos direitos fundamentais, pois, como já abordado, foi nessa época que, pela primeira vez na história, pôde ser observada alguma limitação ao poder, possibilitando, assim, a potencialização da razão humana.

Tal como o período da Democracia Ateniense, a República Romana também se mostra importante para o processo de formação dos direitos fundamentais. Nesse período, pôde ser observada uma maneira de liberdade que não foi observada na experiência grega. Como pode

leis, evidenciado pela manifestação de vontade do cidadão no seu estabelecimento. A lei deixa de se apresentar, portanto, como mera imposição inexorável da ordem da natureza (ou, mesmo, do divino), de cujos segredos apenas alguns homens eram detentores. Ela se apresenta, nesse primeiro momento, como produto da decisão comum e refletida de um povo”. RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p.193.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 55.

⁴⁹ RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p.194.

⁵⁰ RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p.197.

se observar, a experiência grega consistiu na libertação dos cidadãos da imposição legal, passando esses a se sujeitarem às leis que eles próprios criaram. Assim, como ensina Ramos,

cada grego tinha um destino estabelecido objetivamente pelas leis da cidade, onde ele poderia exercer a única liberdade que conhecia: a liberdade política. Assim, a essência do homem e sua plena realização só podia ser concretizadas através dos laços que o ligavam inexoravelmente à cidade⁵¹.

Por mais importante que tenha sido a Democracia Ateniense para a liberdade política do cidadão, com a criação de leis, nesse período ainda não se imaginava a ideia de aplicação de leis universais para todos os cidadãos. Nesse período, todos os cidadãos estavam sujeitos às leis da cidade, não havendo preocupação com os anseios do homem inserido naquela universalidade, mas sim com a vontade da maioria, a “vontade da cidade”.

Essa noção de caráter racional da natureza humana vinculada à vontade política local, da cidade, passa a sofrer alterações no império romano, desprendendo esse caráter racional da natureza humana da vontade política local, ou seja, passa-se a reconhecer o caráter racional da natureza humana independente da vontade da maioria. E é nesse universalismo ético que se funda a civilização romana, onde a norma passa a considerar e proteger o homem em sua individualidade, levando em consideração seu valor constituído sobre sua essência racional⁵².

Nesse sentido, Ramos observa que é

no âmbito do império romano, herdeiro direto do florescimento intelectual da Grécia clássica e, sobretudo, dos desenvolvimentos posteriores do período helenístico, que se vê surgir a primeira experiência histórica de garantias jurídicas individuais e o desenvolvimento de conceitos e institutos sobre os quais todo o Direito ocidental moderno será formulado. Ali, o Direito aparecerá, pela primeira vez, enquanto expressão de uma razão universal, concretizada na cidadania cosmopolita de um império mundial, o qual passa a considerar o homem em sua conexão essencial com tal razão, fato que produziu o esboço de uma personalidade jurídica e de uma capacidade individual de direitos, cada vez mais ampliadas⁵³.

É possível afirmar que se, de um lado, o período da Democracia Ateniense foi de suma importância para a liberdade política do cidadão, de outro lado, o período do Império Romano foi de igual importância para a noção de liberdades e garantias subjetivas do cidadão. Isso em decorrência de, em certo modo, nesse período, ao reconhecer o fundamento na razão do cidadão, ser reconhecida sua dignidade enquanto ser humano.

⁵¹ RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p. 223.

⁵² RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p. 223.

⁵³ RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente*. cit. p. 225.

Estudado, ainda que brevemente, a importância da antiguidade na construção histórica dos direitos fundamentais, passaremos à análise da Idade Média.

c) A Idade Média e o Absolutismo

Com o declínio do Império Romano surge, na Europa, o feudalismo, fenômeno social e político caracterizador da Idade Média⁵⁴. O período histórico inerente ao feudalismo é caracterizado pela pulverização do poder, ou seja, pela inexistência de um poder centralizado⁵⁵. É característica desse período a existência de vários feudos que lutam para tentar manter o poder. Porém, nesse período, as vontades da Igreja se sobrepunham, limitando o poder dos senhores feudais.

Durante esse período, os senhores feudais, detentores do poder⁵⁶ nos limites de seu feudo (poder esse limitado pela forte vontade da Igreja⁵⁷), impunham aos cidadãos viventes no âmbito desses as normas que lhes eram convenientes. Assim, os cidadãos ficavam sujeitos à imposição dos mandos e desmandos de um governante que agia em conformidade com as vontades da Igreja, que, por sua vez, impunha crença derivada das suas concepções mundanas⁵⁸.

⁵⁴ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas: Um contributo à teoria geral do Direito e do Estado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG / Movimento Editorial, 2005. p. 429.

⁵⁵ Sobre o tema, ver Jonatas Machado: “a queda do império romano do ocidente havia transformado a Europa num espaço político rarefeito, constituído por estamentos e corporações, privilégios e imunidades. Só a Igreja Católica estava em condições de preencher o vazio político e cultural deixado pelo império romano e de reconduzir a pluralidade feudal a uma unidade de sentido”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa sociedade inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 27-28.

⁵⁶ Nesse sentido, ensina o Professor Araújo: “A Ordem Normativa era a imposta pelo Feudatário, que tudo podia no limite de suas próprias forças, que eram exercitadas sem limites sobre uma população rural ignorante, submissa e rude, insegura pelas guerras, lutas civis e disputas entre Senhores”. ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. cit. p. 431.

⁵⁷ Araújo leciona nesse ponto que: “Do ponto de vista político, o Feudalismo era uma sociedade cristogênica sob o comando da Igreja de Roma, hierarquizada, sob o controle do Papa, (...); e na sociedade política, também em ordem decrescente do Papa, aos imperadores, aos reis, aos duques e daí aos vassalos, que, por sua vez, eram suseranos dos mais baixos graus da população”. ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. cit. p. 432.

⁵⁸ “Sob a influência agostiniana da Cidade de Deus, o feudalismo estava impregnado de um profundo espírito de hierarquia por subordinação de toda a cristandade ao Sumo Pontífice, que governava espiritualmente os homens, os Impérios, os Reinos, os Ducados e os nobres feudais, e aos governantes impunha soluções atinentes ao poder temporal, em nome dos objetivos eclesiais da salvação dos homens”. ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. cit. p. 432.

Há de se observar, portanto, que, com o declínio da democracia ateniense e da república romana, houve um grande retrocesso no tangente a limitação do poder dos governantes e consequente participação dos cidadãos na vida política. Passando, assim, a haver uma imposição de ambições por parte, sobretudo, da Igreja, que limitava, inclusive, as vontades do “governante”, se é que assim podemos chamar os senhores feudais.

Há um freio no processo de construção daquilo que mais tarde⁵⁹ viria a se concretizar como os direitos fundamentais, pois, nessa época, o que pode se observar é a sujeição dos indivíduos às verdades e vontades do cristianismo.

Esse rompimento com a limitação de poder do governante e a consequente limitação à liberdade política, caracterizada na democracia ateniense, e a imposição das verdades religiosas pelo Cristianismo mancham todo o período da Idade Média, pois subjagam toda uma sociedade, havendo uma clara limitação da liberdade⁶⁰ conquistada nos períodos históricos antecedentes.

Contra essa imposição de poder pela Igreja Católica começam a surgir algumas revoltas, que, mais tarde, iriam culminar com o surgimento de alguns feudos mais desenvolvidos, com características parecidas com as de um “Estado”⁶¹.

A partir dessas revoltas, começam a surgir documentos reconhecendo alguns direitos a determinadas parcelas dos indivíduos⁶². Nesses documentos, os “senhores feudais, mormente os reis, outorgavam inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo –

⁵⁹ É importante ter a noção de que somente pode, efetivamente, falar da existência de direitos fundamentais após as Revoluções Liberais, como será observado adiante. Porém, como já abordado nos tópicos anteriores, ao nosso ver, não há como negar a existência na antiguidade de direitos que, ainda que de maneira menos efetiva e difundida, se tornaram direitos fundamentais. Assim, não há como fechar os olhos para a antiguidade no tangente ao processo de formação dos direitos fundamentais.

⁶⁰ A afirmação de existência de liberdade individual em período anterior à modernidade está longe de ser algo pacífico. Pelo contrário. Grande parte da doutrina não admite a compreensão de individualidade humana anterior à modernidade ocidental. Porém, compartilhamos do mesmo raciocínio desenvolvido por Andityas Soares de Moura Costa Matos, que assim leciona: “a liberdade interior dos estóicos pressupôs uma mudança radical na Filosofia Política grega, que entendia que ser livre significa apenas pertencer a certa polis na qualidade de cidadão. Jaeger explica que ‘a liberdade do homem grego consiste em se sentir subordinado, como membro, à totalidade da polis e das suas leis’. De fato, os demais filósofos gregos não teorizavam a liberdade enquanto capacidade racional de escolha interna, diferentemente dos estóicos, em especial Epicteto, para quem o único elemento absolutamente livre no homem reside na sua vontade, ou seja, no domínio do pensar. Recordemo-nos do panegírico de Zenodoto dedicado a Zenão, no qual se diz que ele fundou a independência ao desprezar a vã riqueza, sendo o estoicismo a verdadeira mãe da liberdade”. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶¹ O vocábulo Estado encontra-se entre aspas pelo motivo de que, como será estudado, o surgimento desse, nos moldes conhecidos atualmente, somente é observado com o fim da Idade Média.

⁶² Nesse sentido, dita Perez Luño: “Durante o período medieval não faltam documentos em que o monarca, cujo poder é teoricamente ilimitado, reconhece alguns limites a seu exercício em favor da Igreja, os senhores feudais ou às comunidades locais”. LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 33.

direitos fundamentais, sem dúvida, para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados”⁶³.

Entre tais documentos, merece maior destaque a Magna Carta, contrato firmado entre o Rei João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra no ano de 1215, que supunha uma consagração de privilégios feudais, o que na visão de Perez Luño, representou uma involução do ponto de vista dos direitos políticos. Perez Luño reconhece a importância de tal documento no sentido de desenvolvimento das liberdades inglesas, ponto fundamental no processo de positivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ferreira Filho, atenta para o fato de a Magna Carta não se preocupar com os direitos do homem em si, mas sim com os direitos dos ingleses, e, assim como Perez Luño, reconhece a importância desta, porém no sentido de se mostrar como uma clara limitação do poder, prevendo, inclusive, garantias específicas contra a violação dos direitos por ela previstos.

O exercício do poder pela Igreja, com a consequente imposição de suas vontades sobre os homens, somente começa a se enfraquecer após a Reforma Protestante⁶⁴, que surgiu em consequência da manifestação do sentimento de insatisfação dos homens, e também de alguns monarcas, quanto às imposições lançadas pela Igreja Católica⁶⁵. E, em decorrência da Reforma, começam a surgir os primeiros Estados⁶⁶, iniciando uma nova fase no processo aqui estudado.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. cit. p. 29.

⁶⁴ Nesse sentido, ensina Jonatas Machado: “Pode mesmo dizer-se que, para a Europa ocidental, a data relevante para determinar o fim da Idade Média é a Reforma Protestante, que ocorre cerca de cinquenta anos depois da queda do Império Romano do Ocidente. O surgimento do Protestantismo desencadeia um processo que vai mudar o curso dos acontecimentos na Europa e em todo o mundo. Nos seus momentos principais ele conta com as guerras religiosas, o advento do Estado soberano moderno como solução política para os conflitos teológicos, a questão da tolerância religiosa e da paridade confessional, a justificação do poder político e do discurso jurídico com base em postulados contratualistas e jusnaturalistas, a abertura à liberdade individual, o constitucionalismo liberal revolucionário, a secularização e racionalização dos vários domínios da vida em sociedade.”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa sociedade inclusiva*. cit. p. 53.

⁶⁵ Sobre o tema, Jonatas Machado ensina que “a Reforma Protestante surge como a expressão mais radical de um sentimento generalizado de insatisfação com o rumo que a Igreja Católica estava a levar. Esse sentimento já tinha estado na base de outras tentativas de reforma que, de acordo com a lógica implacável do silogismo aquiniano, haviam sido esmagadas pela força”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa sociedade inclusiva*. cit. p. 54.

⁶⁶ Nesse sentido, Araújo leciona que, “ao tratarmos da formação do Direito, trabalhamos sob o duplo enfoque de sua formação como processo e como resultado, perspectiva que também adotamos com relação ao Estado, que, se na primeira acepção, pode ter a sua gênese buscada na Antigüidade, ela toma força só na Idade Média pela vitória crescente de governantes centrais sobre o feudalismo, e de que resultará esta nova formação política moderna. O Estado é o nome dessa formação política moderna, portanto”. ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. cit. p. 447.

No tangente ao surgimento do Estado, ensina Dalmo de Abreu DALLARI: “É certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e esse é um dos argumentos para alguns autores

Esse novo período histórico não favoreceu as pessoas, divididas em estamentos (nobreza, clero e povo), isso porque deixam de se submeter ao poderio da Igreja Católica para se sujeitarem às vontades de um monarca detentor do poder absoluto, caracterizando assim o período do Absolutismo⁶⁷. Isso, especialmente em decorrência dos privilégios concedidos à nobreza e o clero.

Assim como ocorreu no período medieval, caracterizado pelo feudalismo, no período do Absolutismo, há o rompimento com a ideia de limitação de poder, levando “à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas”⁶⁸.

As monarquias absolutistas se apropriaram “dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade”⁶⁹. Nesse período, a figura do governante, autoritário e com poder legitimado não mais na vontade política, mas sim no poder divino, no sobrenatural, é marcado com uma clara confusão entre a figura do monarca e do Estado, constatação essa que pode ser caracterizada pela histórica frase de Luiz XIV: “O Estado sou eu”.

Contra essa forma de governo, ainda que uma pequena parcela da sociedade tivesse se beneficiado em decorrência do reconhecimento de alguns direitos, que limitavam de certa forma o poder do monarca⁷⁰, os cidadãos, considerados em sua universalidade, gritavam por liberdade e igualdade, pelo fim das perseguições de um governo absolutista. Assim, surgem as

que não admitem a existência do Estado antes do século VII. Para eles, (...) o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à *sociedade política dotada de certas características* bem definidas”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51-52 (itálico no original).

⁶⁷ De acordo com a lição de Bobbio, “a formação do Estado absoluto ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania — o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade (a tal ponto que os costumes são considerados direito válido apenas na medida em que, por uma ficção jurídica, presumem-se acolhidos ou tolerados pelo rei que não os cancelou expressamente), o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos, — são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização, entende-se o processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central”. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 670-671.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria de estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 45.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria de estado*. cit. p. 45.

⁷⁰ Podem ser citados como exemplo o *Bill of Rights* e a lei do *Habeas Corpus*, na Inglaterra, em, respectivamente, 1679 e 1689, que limitavam, de certo modo, o poder e garantia liberdades pessoais. Porém, tais documentos beneficiavam os dois primeiros estamentos, ou seja, o clero e a nobreza, o que, por outro lado, não os faz perder em importância histórica para a formação dos direitos fundamentais, ligados à limitação do poder estatal.

Revoltas Liberais, dando início assim ao que pode ser considerado como o maior passo para a consagração dos direitos fundamentais, como veremos nas próximas linhas.

d) A Independência Norte Americana e a Revolução Francesa

Inspiradas e revelando os pressupostos jusnaturalistas e individualistas, a revolução dos colonos ingleses na América do Norte revela uma essencial etapa na história dos direitos fundamentais. Os documentos originados nesta época, em especial a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e da Declaração de Independência dos Estados Unidos, consagram direitos sem restringi-los a determinados membros do estamento. Pelo contrário, os garantindo a todos os indivíduos pelo mero fato de serem humanos.

Tais direitos são “emanados das próprias leis da natureza que o Direito positivo não pode contrapor nem tampouco criar ou conceder, mas sim reconhecer ou declarar (daí que os próprios textos que os positivam se denominam declarações) e garantir”⁷¹. Esta característica fica cristalina no texto do artigo I da Declaração de Direitos da Virgínia:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida da liberdade, com meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança⁷².

De acordo com alguns doutrinadores, a exemplo de Fábio Konder Comparato⁷³, o citado artigo é o registro histórico do nascimento dos direitos humanos na história, uma vez que passa a ser reconhecida, de maneira solene, a igualdade vocacional a todos os homens.

Pode se afirmar que, historicamente, a ideia de igualdade despontou precipuamente no combate dos cidadãos contra os privilégios concedidos ao clero e à nobreza pelo Antigo Regime, durante a Idade Média. Surge então, nessa época, a primeira dimensão da igualdade, denominada como igualdade formal.

⁷¹ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 36.

⁷² In: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 130.

⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 62.

A igualdade formal, caracterizada nesse período, consiste no tratamento isonômico de todos os cidadãos perante a lei e na lei. Trata-se da não concessão de privilégios a nenhum cidadão em virtude de raça, classe social ou qualquer outro critério. Impede aos aplicadores da lei o tratamento desigual às pessoas que se encontram em iguais situações. A igualdade na lei impede o legislador de criar leis que permitam o tratamento desigual de maneira ilegítima e irrazoável.

Nesse sentido, afirma Joaquim Benedito Barbosa Gomes:

Foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais⁷⁴.

Assim como a Declaração de Direito da Virgínia, a Declaração da Independência dos Estados Unidos figura também com importante status na histórica caminhada dos direitos fundamentais, pois reconhece a soberania popular, independente de diferenças de credo, raça, cor, posição social ou quaisquer outros elementos que diferenciem as pessoas.

Outra característica importante das declarações norte americanas de direitos é a limitação do poder do Estado frente a seus governados, como pode ser observado no texto do artigo II da Declaração de Direitos da Virgínia, com amplo respeito aos direitos humanos.

Mais tarde, sob os mesmos ideais das declarações norte americanas de direitos, a Revolução Francesa figura na Europa como a libertação do povo contra a forma absolutista do Estado. Isto através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mais precisamente em seus artigos 1º e 6º⁷⁵. Segundo Bobbio, “esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalavam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”⁷⁶.

⁷⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa Gomes. “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”. In: *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. de 2001. Disponível em < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em 23 de abril 2013. p. 130.

⁷⁵ “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 170.

“A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, que proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregados públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 171.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. cit. p. 79.

Assim, é possível afirmar que ficam marcadas três principais características culturais das sociedades pós-revoluções liberais: ampla defesa das liberdades individuais, consagração da igualdade formal entre as pessoas e sujeição dos poderes do Estado ao consentimento popular.

Essas declarações de direitos inspiraram a formação das Constituições dos Estados da época, nascendo a democracia moderna, onde a grande preocupação era a limitação geral do poder governamental, havendo ampla proteção dos direitos consagrados face aos arbítrios estatais.

A grande importância das citadas declarações de direitos é muito bem expressada por Fábio Comparato, quando ensina que elas “representaram emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”⁷⁷. Porém, Perez Luño⁷⁸ alerta para um grande problema da consagração dos direitos nestas declarações. Para o autor, os direitos ali consagrados ficavam restritos a uma parcela dos homens, lembrando ele das restrições do sufrágio da época. Cumpre ainda ressaltar que ainda se encontrava no sul dos Estados Unidos o regime da escravidão.

Outro grande problema surgiu com as declarações de direitos. Com a decretação da igualdade e liberdade entre os homens e a proteção desses direitos frente ao Estado, criou-se uma situação de paridade meramente formal, ou seja, perante a lei, mas no plano material, mais precisamente no plano social/econômico, as diferenças entre as pessoas eram gigantescas. O modelo de sociedade liberal somente ofereceu aos cidadãos a igualdade frente à lei. Desse modo, a grande maioria dos cidadãos deixa de sofrer os abusos de um Estado tirano, mas se submete aos abusos de uma minoria detentora do poder econômico.

Criou-se um grande abismo entre os seguimentos da sociedade, sendo necessária a observância de uma nova etapa na consagração histórica dos direitos fundamentais, a qual é, principalmente, marcada pelo avanço das ideias socialistas e comunistas, conforme estudaremos no próximo tópico.

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 65.

⁷⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 37-38.

e) O Estado Social e os movimentos comunistas

A lei, como já dito no tópico anterior, igualou todos os cidadãos após a consagração dos direitos enumerados nas declarações norte-americanas de direitos e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Tal ocorrência colocou em situação de paridade, por exemplo, os operários e os donos das indústrias, sendo esses livres para estipularem as condições de trabalho e a devida remuneração.

Perez Luño⁷⁹ alerta para um grande problema da consagração dos direitos oriundos das revoluções liberais. Para o autor, os direitos ali consagrados ficavam restritos a uma parcela dos homens, lembrando ele das restrições do sufrágio da época. Nesse mesmo diapasão, Ferreira Filho⁸⁰, em uma lúcida síntese, afirma que ao lado do avanço do liberalismo político e econômico, o período posterior às revoluções liberais assistiu a uma deterioração do quadro social.

Tendo prevalecido o império do capitalismo, onde uma minoria rica impõe seu poder econômico sobre a maioria pobre, que, de acordo com a lei, era igual em direitos e deveres, foi originada uma atomização social, como observa Comparato. De acordo com o autor, “o resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias”⁸¹.

O proletariado pobre, necessitando cada vez mais de trabalhar para sustentar sua família e a si mesmo, se vê obrigado a submeter-se aos ditames patronais ou, caso contrário, sua condição, muitas vezes até de miserabilidade, acaba por se agravar. Trabalhando muito, descansando pouco e recebendo menos ainda, começam a surgir os problemas de saúde, piorando a situação que já era ruim, pois doentes não podiam/conseguiram trabalhar e, sem trabalhar, deixavam de receber, não possuindo meios de cuidar da saúde nem da família.

Desse modo, mostrou-se imprescindível a adoção de uma concepção de igualdade que não garantisse apenas a isonomia legal, mas que levasse em conta em sua operacionalização as condições fáticas e econômicas dos cidadãos. Surge então a segunda dimensão das

⁷⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 37-38

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. cit. p. 59

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 66.

igualdades com a ideia de igualdade material, chamada também de igualdade de redistribuições, que se estabelecem, principalmente, através dos direitos econômicos sociais.

O conceito de igualdade material surgiu com o Estado Social, desenvolvido durante o século XX, quando se percebeu que os sujeitos deveriam ser protegidos não só do poder do Estado, mas também do poder, principalmente econômico, dos demais cidadãos.

Para assegurar essa igualdade material, o Estado precisou sair de sua postura negativa, tal como ocorre no âmbito da igualdade formal, consagrada com as Revoluções Liberais, para passar a atuar através de uma postura positiva, como pode ser observado claramente nas observações de Ricardo Lewandowski:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares⁸².

Lewandowski ainda continua citando que “a adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia”.

O Estado começa a criar proteções para essa parcela de pessoas desfavorecidas em um contexto econômico manifestamente desigual, para que assim se ofereça a todos os sujeitos a oportunidade de exercerem suas liberdades conquistadas com a primeira noção de igualdade, consagradas com as revoluções liberais.

Tal conquista só foi possível depois que começaram a eclodir movimentos em busca de direitos para contrapor aos clássicos direitos individuais consagrados com as revoluções liberais de caráter burguês. Desses movimentos, em especial destaque vem o Manifesto comunista, redigido por Marx e Engels no ano de 1848. Passa a ser exigido o direito ao trabalho digno, bem como aos seus devidos frutos, e o direito à seguridade social.

O Manifesto de Marx e Engels incide de maneira importante na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorados consagrada na União Soviética em 1918, “cujo texto redigido por Lênin se incorporou à Constituição soviética desse mesmo ano, como resposta às Declarações burguesas de direitos”⁸³. Nesse período, passa-se a supervalorizar o

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 23 de abril de 2013..

⁸³ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 38-39.

interesse da coletividade em detrimento do interesse individual, caminhando assim para uma posição extremamente oposta àquelas firmadas com a revolução liberal burguesa.

Porém, é necessário ter a noção de que a consagração dos direitos econômicos e sociais “não excluem nem negam as liberdades públicas, mas elas se somam”⁸⁴. Nesse ponto ganha fundamental importância na história a Constituição Mexicana de 1917, uma vez que esta Constituição “pode ser considerada como o primeiro intento à conciliação dos direitos de liberdade com os direitos sociais, superando assim os pólos opostos do individualismo e do coletivismo”⁸⁵.

Embora a norma mexicana possa ser considerada a primeira na tentativa de conciliação dos direitos individuais com os coletivos, o texto normativo mais importante nesse sentido é a Constituição de Weimar de 1919. Esta Constituição “foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que tentaram conjugar o sistema de direitos fundamentais às liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais”⁸⁶.

Em contrapartida ao capitalismo avassalador e à sociedade liberal, nascem os direitos econômicos e sociais, garantido uma melhor condição de vida aos trabalhadores e suas famílias. Buscando, portanto, além da garantia a uma liberdade formal, já consagrada, uma garantia a liberdade material, que visa igualar as partes que eram demasiadamente desiguais.

f) O período pós-guerras e a internacionalização dos direitos fundamentais

A internacionalização dos direitos fundamentais tem início com a busca da efetivação dos direitos sociais consagrados com oposição aos direitos liberais burgueses. Essa busca por efetivação se mostra através do direito humanitário, da luta contra a escravidão e a regularização dos direitos do trabalhador. Trata do “reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito internacional”⁸⁷.

Nessa etapa busca-se minorar os sofrimentos dos prisioneiros de guerra, doentes e feridos, incluindo também as civilizações atingidas pelos horrores das guerras. Tais preocupações desaguaram no primeiro documento normativo internacional, a Convenção de

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. cit. p. 59.

⁸⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 39.

⁸⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 40.

⁸⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. cit. p. 41.

Genebra de 1864, que serviu de base para a posterior criação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1880.

Outra preocupação da internacionalização dos direitos fundamentais foi a luta contra a escravidão, surgindo documentos internacionais de repressão ao tráfico da mão de obra humana, culminando com a Convenção de Genebra sobre a Escravatura, em 1926.

Já no âmbito da proteção ao trabalhador assalariado, surge a Organização Internacional do Trabalho, em 1919, que posteriormente aprovou várias convenções internacionais com ratificações de diversos países.

Nota-se que o período pós-guerra busca efetivar tudo aquilo que foi conquistado pelos cidadãos ao longo de todo esse período mencionado nas linhas acima, principalmente após os horrores ocorridos nas grandes guerras.

No entanto, as necessidades humanas se modificaram ao passar do tempo, devido a diversos fatores, como a formação de um novo liberalismo, a ocorrência de crises econômicas e outros fatores que acabam distanciando os seguimentos da sociedade. Assim, mostra-se necessário não só a consagração de novos direitos fundamentais, mas como também a adoção de novas políticas públicas para a maior efetivação de direitos fundamentais já consagrados, como passaremos a expor nas próximas linhas.

g) O período contemporâneo e a nova concepção de igualdade

Diversos doutrinadores afirmam que o reconhecimento dos direitos sociais não findou a consagração histórica dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é importante realçar, tal como Bobbio⁸⁸, que esses direitos nasceram em certas circunstâncias, de modo gradual, frutos de lutas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes.

Os novos desafios das sociedades passam a ser a determinação de uma melhor qualidade de vida e a solidariedade entre os mais diversos povos, independente de raça, credo ou posição social, uma vez que esses diferentes povos já se encontravam em pé de igualdade no âmbito legal (liberdades burguesas) e já contavam com a atuação do Estado para a consagração de uma igualdade material (direitos econômicos e sociais), mas esbarravam, e ainda esbarram, no preconceito por grande parte da sociedade.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. cit. p. 5.

Com isso, surge a ideia de terceira dimensão da igualdade. Sendo, a primeira, a igualdade formal, reconhecida com as Revoluções Liberais, e, a segunda, a igualdade material, consagrada no Estado Social, esta terceira esta ligada a ideia de igualdade como reconhecimento.

Nesse sentido, Joaquim Barbosa Gomes⁸⁹, alerta para a importância da adoção de uma concepção substancial de igualdade, que leve em conta não somente as condições fáticas e econômicas, mas também outros comportamentos inevitáveis e condenáveis da convivência humana, como, por exemplo, a discriminação.

Essa terceira dimensão da igualdade é a dimensão mais diretamente ligada às ações afirmativas e, dessa nova dimensão, “resultou o surgimento de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados”, ainda segundo Joaquim Barbosa Gomes, na mesma passagem.

Essas políticas sociais são frutos da nova mentalidade estatal que percebeu que não era suficiente garantir a igualdade formal (1ª dimensão), criar mecanismos para garantir uma isonomia material (2ª dimensão) e proibir a discriminação, o que estaria também ligado à igualdade formal. Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha, o que se encontrava até então nesses modelos era apenas a “vedação da desigualdade ou do comportamento motivado pelo preconceito”⁹⁰, o que não se confunde com a garantia da igualdade.

Rocha, continua, ditando que,

segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje⁹¹.

⁸⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa Gomes. “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”. cit. p. 131.

⁹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica". *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. n.131, p. 283-295, 1996. p. 284.

⁹¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica". cit. p. 288.

Para tanto são importantes as ações afirmativas que, em um primeiro momento, figuraram como forma de encorajar os detentores do poder decisório, nas esferas pública e privada, a levarem em consideração fatores até então tidos como formalmente irrelevantes, como raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas, permitindo maior acesso das “minorias” na esfera social. Já em um segundo momento, iniciou-se um processo de alteração conceitual das ações afirmativas, passando estas a serem associadas à ideia de realização da igualdade de oportunidades através da criação de instrumentos de acesso de representantes das minorias no mercado de trabalho e nas instituições educacionais.

Nesse sentido, o plano internacional mostra-se bastante atuante através do apoio às mais diversas políticas inclusivas, figurando como um dos grandes responsáveis pela criação desta nova etapa histórica dos direitos fundamentais e, isto se deve, principalmente, a atuação da ONU e da UNESCO.

Pode-se sintetizar que, nessa nova etapa de consagração dos direitos fundamentais, a maior característica é a adoção de políticas e mecanismos de inclusão social, concebidas tanto na esfera privada quanto na esfera pública. Essas políticas possuem o intuito de garantir a efetiva igualdade de oportunidades a todas as pessoas, independente de sua condição social, cor, raça, orientação sexual ou qualquer outra característica.

Tal etapa ainda se encontra em pleno desenvolvimento e, por muito tempo, ainda se encontrará. Isso porque, em um mundo capitalista, onde, para a maior parte na população, os interesses individuais sobressaem aos comuns, é necessária uma constante atuação desses órgãos internacionais e de organizações não governamentais para que tal etapa não se encontre fadada ao fracasso.

Com todas as considerações até o momento realizadas, acreditamos já ser possível prosseguir rumo ao objeto de apreciação central do trabalho, ou seja, a relação dos direitos fundamentais e a ordem normativa religiosa.

1.3 – A importância do respeito à consagração histórica dos direitos fundamentais

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais são direitos inatos, ou seja, inerentes à própria condição humana, positivados na Constituição de um determinado Estado, figurando como importantes instrumentos de controle do poder dos governantes, é possível afirmar que esses são de suma importância para o livre desenvolvimento da personalidade e

potencialidade humana, estando diretamente ligados à noção de dignidade da pessoa humana, que, nas palavras do Professor Luis Roberto Barroso, “expressa valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração”⁹².

Entendemos que os principais direitos fundamentais a serem sempre consagrados são os direitos de liberdade e o de igualdade, pois esses permitem o livre e igual desenvolvimento das potencialidades humanas, sem qualquer distinção.

Dentre esses dois direitos, o mais importante para o nosso estudo são os direitos ligados à liberdade. Isso porque, conforme será estudado a seguir, os possíveis conflitos entre a ordem religiosa e os direitos fundamentais se darão no âmbito dos direitos de liberdade.

Assim, passemos ao exame dos direitos de liberdade.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2013. p. 21.

II – A LIBERDADE

O direito de liberdade pode ser considerado como um dos direitos mais buscados pelo homem na briga pelo reconhecimento dos direitos envolvidos à sua condição humana.

O sentimento, a vontade, de se libertar é algo constante na vida de muitas pessoas. Seja o libertar de um vício, de uma pessoa que lhe faz mal, de uma paixão, da rotina, das verdades que lhes são impostas pelos poderes mundanos, como, por exemplo, a imposição do capital, da religião ou da política. Ou seja, a liberdade faz parte dos anseios humanos.

Porém, o que significa ser livre? O que realmente é ser livre? Para responder tais questionamentos é importante percorrer, ainda que de maneira breve, a histórica caminhada desse direito tão nobre, mas de difícil definição.

Nesta unidade pretendemos abordar o surgimento desse direito na sociedade, percorrendo um caminho que começa na Grécia antiga, onde e quando pela primeira vez na história o povo se libertou de algo, que foi da imposição do saber mitológico em prol da razão humana, passando a reger as normas que seriam impostas para a convivência na *polis*, ou seja, na vida política do Estado, como já brevemente abordado na unidade anterior. Como veremos tal liberdade foi caracterizada por Benjamin Constant como a *liberdade dos antigos*.

Percorreremos também o caminho que foi trilhado para que se chegasse a liberdade definida por Benjamin Constant como a liberdade *dos modernos*. Caminho esse que se inicia com uma grande supressão da razão humana, quando o homem passa a se sujeitar aos arbítrios oriundos de um poder absoluto e de uma religião dominante, que o diminuiu em sua condição humana, retirando-o a pouca liberdade que já usufruía. Isso deságua nas Revoluções Liberais, que buscam resgatar a razão humana, para que sejam garantidas às pessoas não só a liberdade que estas já usufruíam, mas como, principalmente, as liberdades individuais, as chamadas *dos modernos*.

Por fim, será abordada a liberdade no mundo contemporâneo, demonstrando que essa liberdade encontra limites e que esses são devidos para a garantia e manutenção dessa própria liberdade.

Depois desta etapa de conceituação, passaremos a estudar algumas das liberdades em si para que assim, na próxima unidade, possamos tratar dos possíveis conflitos entre as liberdades e as possíveis maneiras de solucioná-los.

2.1 – Construindo o conceito de liberdade

Definir a liberdade mostra-se uma das tarefas mais complexas para qualquer um que se disponha a fazê-la. Para sua definição, é de suma importância abordar os conceitos formulados pelos mais diversos autores que direcionaram seus estudos para esse fim. Por isso, antes de buscar a definição de *liberdade*, mostra-se importante uma breve abordagem de alguns desses autores que definiram esse conceito tão importante para as pessoas.

a) Da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos

Talvez em uma das definições mais clássicas do Direito, Benjamin Constant propõe a definição de liberdade através de uma divisão por ele criada: *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos*, como resta claro logo no início de seu artigo:

Proponho-me submeter a vosso julgamento algumas distinções, ainda bastante novas, entre duas formas de liberdade, cujas diferenças até hoje não foram percebidas ou que, pelo menos, foram muito pouco observadas. Uma é liberdade cujo o exercício era tão caro aos povos antigos; a outra, aquela cujo uso é particularmente útil para as nações modernas⁹³.

De acordo com o que Benjamin Constant⁹⁴ entendia como *liberdade dos modernos*, esta estaria ligada ao que se entende como liberdades individuais, ou seja, o direito do cidadão de se submeter somente às leis, não ser preso, detido ou condenado sem o devido processo legal, não sofrer maus-tratos, o direito de se expressar livremente, de escolher seu trabalho, de ir e vir, entre outros. Em síntese, de acordo com o próprio autor,

o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração⁹⁵.

⁹³ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Trad. Loura Silveira. In: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em 25 de abril de 2013. p. 1.

⁹⁴ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. cit. p. 2.

⁹⁵ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. cit. p. 2.

Já no que se refere à *liberdade dos antigos*⁹⁶, esta consistia no exercício direto, mas coletivo, de várias partes da soberania interna do Estado, tal como a deliberação sobre políticas de guerra e de paz, realização de tratados de aliança, votação de leis, participação de julgamentos, entre outras participações. Tais decisões/participações ficavam sujeitas a vontade única e exclusivamente da maioria. Como cita Benjamin Constant, era “a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo”⁹⁷.

Assim, na visão de Benjamin Constant, os antigos detinham uma liberdade política, que se resumia às questões públicas, enquanto às questões privadas o sujeito permanecia “limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; (...); como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence”⁹⁸.

Para Benjamin Constant, essa diferenciação das liberdades é decorrente de objetivos diferenciados. Segundo o autor, o objetivo dos *antigos* era a partilha do poder entre todos os cidadãos submetidos ao Estado, já o dos *modernos* seria a segurança dos privilégios privados. Porém, o próprio autor alerta para a necessidade de conjugar as duas dimensões da liberdade: “Longe, pois, Senhores, de renunciar a alguma das duas espécies de liberdade de que vos falei, é preciso aprender a combiná-las”⁹⁹.

Feita essa breve abordagem acerca das liberdades delimitadas por Benjamin Constant, torna-se possível a extração de algumas observações e conclusões.

O saber racional e a liberdade dos antigos

Inicialmente, cumpre-nos destacar as chamadas *liberdades dos antigos*, isto até pelo período histórico em que estas primeiramente foram observadas, conforme brevemente abordado na unidade anterior¹⁰⁰.

⁹⁶ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, cit., p. 2-3.

⁹⁷ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, cit., p. 3.

⁹⁸ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, cit., p. 3.

⁹⁹ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, cit., p. 15.

¹⁰⁰ Tema tratado no item 2.1, do capítulo 2, da unidade I.

A grande importância histórica dessas liberdades dá-se pelo fato de serem essas as primeiras a serem desfrutadas efetivamente pelo homem. Porém, para entendê-las, deve ser compreendida a libertação da pessoa do saber mitológico ou natural.

Foi na *polis* grega “onde pela primeira vez a racionalidade manifestou-se efetivamente na vida, seja na produção de conhecimento, seja na determinação da ação”¹⁰¹. Nesse momento é que o homem passa a determinar-se não por vontades impostas a ele por um plano natural ou divino, mas a partir de sua razão.

Segundo Comparato, “na Grécia, nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. [Com isso] O indivíduo ousa exercer sua faculdade de crítica racional da realidade”¹⁰².

Possuindo como alternativa ao saber mitológico o saber racional, os indivíduos passam a não mais a se portarem segundo as leis que lhes eram impostas pela mitologia ou pela divindade, mas sim pelas leis que eles se davam. Trata-se da participação do indivíduo na formação política de seu Estado, tal como definido na *liberdade dos antigos* descrita por Benjamin Constant.

Porém, é preciso ter a consciência, como alertado por Benjamin Constant, que no mundo grego a liberdade subjetiva era cerceada pela liberdade política, como explicita Fabio Comparato:

Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão¹⁰³.

Ramos, no mesmo sentido de Comparato, afirma que “[no mundo grego] a vontade individual do sujeito adaptava-se imediatamente à vontade objetiva da *polis* (costumes e leis), ou seja, a liberdade subjetiva nesse período era suprimida pela liberdade objetiva”¹⁰⁴. Porém, ele alerta que tal fato é decorrência do próprio período histórico, que não se atinava para a distinção destas. Segundo o autor,

nesse momento a moralidade objetiva ainda não havia sido conquistada na luta pela liberdade subjetiva. Trata-se, pois, do **Momento do Espírito Imediato**, no qual a **liberdade é a unidade imediata da liberdade objetiva e da liberdade subjetiva**. Imediata porque, nesse momento, esta distinção

¹⁰¹ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*. In: *Hegel, liberdade e estado*. Coordenação de Joaquim Carlos Salgado e José Luiz Borges Horta. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 139-152. p. 140.

¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 21

¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit. p. 25.

¹⁰⁴ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*, cit., p. 145.

ainda não havia se instaurado no Espírito (no mundo da cultura), e sem essa cisão não seria possível a negação mútua dos vários aspectos da liberdade¹⁰⁵.

A liberdade de participação dos indivíduos na vida política do Estado foi a primeira liberdade que o homem efetivamente gozou e isto foi devido à libertação do homem para o seu saber racional, quando ele pôde passar a não mais obedecer as leis impostas pelo saber mitológico, mas sim às leis por ele, racionalmente, criadas.

Com o passar do tempo, essa liberdade passa a ser reduzida pelos governantes e pela Igreja, detentores do poder, que passam a impor suas leis, justificadas não mais na razão humana, mas sim na divindade, aos seus súditos.

Esses seguimentos da sociedade passam a limitar não só a participação política do sujeito na vida do Estado, isso através do poder absoluto (e divino) dos governantes, mas também como uma “castração ética” imposta pela Igreja, que negava a capacidade racional e moral dos sujeitos em virtude da palavra de Deus¹⁰⁶.

Surge então uma nova necessidade de liberdade, não só a que já havia sido desfrutada na *polis* grega (*dos antigos*), no sentido de ser livre na participação política do Estado, mas também uma liberdade subjetiva, que permitisse aos homens a libertação das imposições que lhes eram feitas. Isso acontecerá na modernidade.

A autodeterminação e a liberdade dos modernos

Até então, ao sujeito foi dada a oportunidade de gozar de um dos vieses da liberdade, que foi a liberdade de participação política na vida do Estado. Liberdade esta que foi suprimida pela implantação do sistema absolutista de governo, que passou a impor as leis criadas pelo soberano, com justificação de seu poder na divindade. Divindade esta também usada para suprimir a liberdade racional dos sujeitos através da pregação realizada pela Igreja.

Neste novo contexto, surge a necessidade de libertação do homem dessas supressões a ele impostas por esses seguimentos da sociedade, uma necessidade de se autodeterminar.

¹⁰⁵ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*, cit., p. 145. (negrito no original).

¹⁰⁶ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*, cit., p. 140.

Nesse momento histórico, tornam-se necessárias as liberdades caracterizadas por Benjamin Constant como as liberdades *dos modernos*, que garantem uma maior proteção das liberdades pessoais.

Tais liberdades estão diretamente ligadas com a autodeterminação das pessoas, que são consagradas com as Revoluções Liberais do século XVIII.

Nesse sentido, Bobbio¹⁰⁷, citando Kant, afirma que um dos grandes aspectos positivos da Revolução Francesa (uma das Revoluções Liberais) era o fato da pessoa passar a decidir seu próprio destino, ou seja, se autodeterminar, “e esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese da toda a forma de poder paterno ou patriarcal”¹⁰⁸.

Kant, segundo Theresa Calvet de Magalhães, concebe a liberdade em dois sentidos, o sentido cosmológico e o sentido prático (sendo esse último que nos interessa aqui¹⁰⁹). Segundo a autora, a liberdade, em sentido prático “é definida *negativamente*, na *Crítica da Razão Pura*, como sendo ‘a *independência* do arbítrio [humano] frente à coação por impulsos da sensibilidade”¹¹⁰ e, positivamente, como autodeterminação, autonomia.

Prosseguindo com seus ensinamentos, a autora explica que esse arbítrio, que define a liberdade prática, é um *arbitrium liberum*, pois ele permite ao homem a capacidade de se determinar, independente da coação por impulsos sensíveis, ou seja, de agir da maneira que realmente quer agir, impulsionado por sua vontade. Assim, finaliza a autora¹¹¹, Kant concebe a liberdade como uma capacidade (uma faculdade que tem o homem) de autodeterminação, que significa uma autonomia da vontade, ou autolegislação.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. cit. p. 80.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 80.

¹⁰⁹ Ainda que sentido prático seja o mais relevante para o presente estudo, é de fundamental importância apresentar o sentido cosmológico de liberdade para Kant. De acordo com Magalhães, “[a] liberdade é, aqui, ‘uma causalidade não empírica, inteligível, uma causalidade da razão cuja unidade com a causalidade segundo a natureza é possível’. Percebemos, assim, nesse capítulo que trata da antinomia da razão pura, no interior dos limites de uma consideração puramente *cosmológica*, na qual o homem ‘não é o motivo primário e decisivo do problema liberdade’” MAGALHÃES, Theresa Calvet. Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant. *Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 10, n. 20. p. 129-154, Seg. Sem/2007. *Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant*. cit. p. 10. (destaques no original).

¹¹⁰ MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant*. cit. p. 12. (destaques no original).

¹¹¹ MAGALHÃES, Thereza Calvet de. *Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant*. cit., p. 12-13.

De acordo com os ensinamentos de Jean Rivero e Hugues Moutouh, a liberdade no sentido de autodeterminação “significa que ela é um poder que o homem exerce sobre si mesmo”¹¹².

A autodeterminação, nesse contexto, figura no sentido dos sujeitos não só retomarem a liberdade de se portarem segundo as leis que eles criam para si, de não serem submetidos a lei imposta pelo poder absoluto do soberano, mas, também, no sentido de serem guiados também de acordo com as leis que criam para si mesmos no âmbito de sua vida pessoal, não se sujeitando também às vontades dos demais cidadãos. O sujeito, portanto, busca sua libertação de qualquer tipo de sujeição.

Essa libertação ocorreu devido às Revoluções Liberais, que “representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”¹¹³.

Nesse ponto é que se pode inserir uma distinção de fundamental importância, que é o conceito de liberdade para Kant e Hegel.

Conforme visto, a liberdade para Kant está ligada a autonomia do sujeito, à apenas sua autodeterminação, com limitação somente ao seu próprio arbítrio. Já na visão de Hegel, a liberdade não está ligada somente à autodeterminação no sentido de autonomia, mas sim no sentido de autodeterminação com sentido de autonomia reconhecida no outro e pelo outro¹¹⁴. Trata-se de uma visão de homem livre inserido em um grupo social, em uma universalidade e, não, na individualidade de Kant.

Para Hegel, a liberdade

é o resultado histórico em que o homem alcança a consciência de si como ser capaz de autodeterminar racionalmente a própria vontade e ação, concretizando por meio das instituições políticas tal autonomia. Todavia, não se trata de um saber meramente individual, mas de um saber dialeticamente construído que, a partir do embate entre várias individualidades, reconhece o outro como igualmente livre e compreende o sentido comum da razão da qual é, ao mesmo tempo, produto e produtor¹¹⁵.

Desse modo, chega-se a uma conclusão de que a liberdade passa a figurar como autodeterminação dos sujeitos, mas não no sentido individual, e sim no sentido da

¹¹² MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. cit. p. 65.

¹¹⁴ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*, cit., p. 150.

¹¹⁵ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*, cit., p. 151.

universalidade. Sendo que isso ocorre através de um processo histórico, como será explicitado a seguir.

b) A liberdade como um acontecimento histórico

A delimitação de um conceito de liberdade passa, necessariamente, por uma construção histórica desta. É através do passar do tempo e das experiências sociais vividas pelo homem que se pode definir o que é liberdade.

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “a humanidade submeteu a liberdade a experiência no vivo”¹¹⁶, sendo, para ele, os laboratórios centrais os séculos XVII-XIX.

De fato, nos parece que tal posicionamento do autor mostra-se correto, pois, ainda que o homem já houvesse gozado de determinada liberdade na Grécia antiga, houve um período demasiadamente negro na história, onde as liberdades já experimentadas foram suprimidas. Somente depois das Revoluções Liberais é que o homem pôde usufruir das liberdades que já haviam sido experimentadas e também de novas liberdades. Considerando que tais acontecimentos ocorrerem durante o período limitado pelo autor, pode-se, de fato, considerar os séculos XVII-XIX como os laboratórios centrais do que se entende como liberdade.

Hegel também defende que a liberdade é construída através da vivência histórica. Para o filósofo, ela é um fato do mundo humano que se desenvolve na história, “considerando-a não como um objeto estático (seja de uma perspectiva empírica, seja de uma perspectiva idealista), mas como um movimento concreto, dotado de racionalidade”¹¹⁷.

Esse processo de construção da liberdade somente se efetivará após as experiências da modernidade, quando, depois de superado o liberalismo, pode se observar uma conjugação entre as liberdades definidas por Benjamin Constant. Ou seja, somente com a possibilidade de participação do sujeito na vida política do Estado, libertando-o da imposição de leis às quais não participou do processo de formação, e, concomitantemente, com a observância das liberdades individuais do sujeito.

¹¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. 1. ed. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002. p. 377.

¹¹⁷ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel, cit.*, p. 143.

Desse modo, é possível delimitar a liberdade como a autodeterminação do sujeito considerado em uma universalidade, que age conforme sua razão. É o bem maior a ser fruído pelos sujeitos, é se sujeitar apenas à sua vontade racional, porém, sendo considerado na universalidade, limitando assim a liberdade de uma pessoa pela liberdade das demais.

Percebe-se que a liberdade não pode ser um conceito absoluto, surgindo a necessidade de uma delimitação desse conceito e de suas limitações. É nesse ponto que se insere a concepção da liberdade no mundo contemporâneo, pois é nesse momento que a discussão sobre os limites desse direito se encontram em maior destaque.

c) A liberdade no mundo contemporâneo

A liberdade, na modernidade, foi caracterizada como a autodeterminação do homem frente aos demais seguimentos da sociedade (Estado, Igreja, demais sujeitos, etc). Porém, levando-se em consideração a inserção desse sujeito na universalidade, observando os demais como igualmente livres.

Essa noção de liberdade após as Revoluções Liberais foi no sentido de libertar o sujeito da interferência do Estado em sua vida privada. Segundo Canotilho¹¹⁸, estas estavam tradicionalmente ligadas ao direito de defesa da pessoa frente o Estado.

O autor separa a conceituação de liberdade em dois pontos: em um primeiro, a liberdade estaria no sentido de direito de liberdade (liberdade de movimento, liberdade física, basicamente ligada à liberdade de ir e vir), que seriam as liberdades pessoais. Em um segundo, as liberdades são caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva (liberdade de expressão, liberdade de religião e de culto, liberdade de associação, liberdade de consciência, entre outras), que seriam as liberdades ligadas a ações negativas, seriam direitos de defesa¹¹⁹.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. cit. p. 1.181 e seg.

¹¹⁹ Em divisão muito próxima, Isaiah Berlin divide as liberdades em positivas e negativas. Segundo o autor, “o primeiro desses sentidos políticos de liberdade (...), que vou chamar de sentido ‘negativo’, está implicado na resposta à pergunta: ‘qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?’. O segundo, que vou chamar de sentido ‘positivo’, está implicado na resposta à pergunta: ‘o que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez da outra’”. BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In _____. *Estudos sobre a humanidade. Uma antologia de ensaios*. trad. Rosaura Eichenberg. p. 226-272. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 229.

Assim, as liberdades podem ser divididas em positivas e negativas. As negativas estão ligadas a ausência de constrangimentos ou impedimentos, ao passo que as positivas, também chamadas de liberdades políticas ou liberdades de querer, se caracterizam pela situação na qual a pessoa tem a possibilidade de se orientar pelo seu próprio querer. Esta última ideia de liberdade está ligada a autonomia e a autodeterminação.

Porém, a liberdade não se aplica somente ao Estado. Conforme já visto, com a conquista desse direito, o sujeito se libertou de toda e qualquer sujeição a ele imposta. É possível dizer que “o reconhecimento jurídico de uma liberdade acarreta, por certo, consequências com relação aos outros: senão, a liberdade ficaria estranha ao Direito, que supõe necessariamente uma relação entre homens”¹²⁰. As consequências em relação aos demais sujeitos são negativas, ou seja, “reduzem-se à obrigação de respeitar, pela abstenção, o exercício da liberdade dos outros”¹²¹.

Nesse sentido, também ensina Ferreira Filho:

Em termos técnico-jurídicos essas liberdades são direitos subjetivos. São poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos. E, eventualmente, a entes a eles assimilados. Porém, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado¹²².

Nota-se aqui que, embora a função precípua da liberdade seja a proteção do indivíduo frente ao Estado, há também uma clara limitação da liberdade em virtude da liberdade de outrem.

Não é possível pensar em uma liberdade ilimitada, pois esta vai de encontro à ideia de sujeito livre dentro de uma universalidade. De acordo com Pontes de Miranda, “a liberdade individual ilimitada seria a ‘faculdade de fazer tudo o que pudesse querer’ – ferir, matar, incendiar, matar-se; e ninguém a encontra senão nos loucos e bandidos”¹²³. Mesmo as sociedades mais liberais não podem se dar ao luxo de se abster totalmente da limitação da liberdade, pois na medida em que se garante ao homem a liberdade, as atitudes por ele escolhidas irão, assim que exteriorizadas, necessariamente, incidir sobre a vida em grupo¹²⁴.

Com isso é possível dizer que a liberdade pode apresentar uma série de problemas sociais. Pois,

¹²⁰ MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*, cit., p. 9.

¹²¹ MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*, cit., p. 9.

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit. p. 47.

¹²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*, cit. p. 382.

¹²⁴ MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*, cit., p. 8.

a sociedade, em grande medida, condiciona o exercício, pelo homem, de seu poder de escolha, quer pretendendo pela coerção impor-lhe comportamentos, quer, mais sutilmente, encerrando-o em condicionamentos que tornaram impossível o exercício da liberdade, ou até, no limite, que suprimem até a vontade de exercê-la: contextos sociais e econômicos, conformismos religiosos ou políticos, propagandas totalitaristas¹²⁵.

A liberdade, então, possui duas principais características: a primeira, que a liberdade, por si só, mostra-se contraditória, pois, uma vez que deve ser observada na universalidade, uma pessoa não pode ser livre o suficiente para impedir a liberdade de outrem. Para se garantir a liberdade deve-se, ao mesmo tempo, limitá-la. A segunda, que está intimamente ligada ao poder, seja o poder de defesa, de autodeterminação, de limitação, etc.

Quanto à limitação da liberdade, esta foi, inclusive, uma das maneiras observadas para defini-la, isso em virtude da dificuldade de delimitar o seu conceito.

A primeira maneira que se buscou para limitar a liberdade foram as formas democráticas, colocando à frente da liberdade a vontade do povo, através de seus representantes. Tais limites se encontram nas leis, feitas pelos governantes.

Porém, ainda que os responsáveis pela criação das limitações da liberdade sejam os representantes do povo, esses não são o povo, sendo necessária a criação de limites ao poder de limitar a liberdade.

Em uma lúcida observação, Pontes de Miranda alerta que

tal convicção [do parlamento como responsável pela criação de limitações à liberdade] foi responsável, em grande parte, pelo uso e abuso, que se implantou, de se chamar ‘democracia’ não só a forma democrática senão também a constitucionalidade liberal. Erro grave, (...), mesmo porque, segundo prova a experiência, pode não estar nos intuítos e nas praticas do Parlamento defender a liberdade¹²⁶.

A observação feita por Pontes de Miranda é lúcida em razão dos históricos privilégios garantidos a uma classe dominante em relação aos demais seguimentos da sociedade. Isso porque muitas vezes a limitação da liberdade advinda do parlamento representava, em verdade, os interesses da uma minoria detentora do poder, sobretudo econômico.

O parlamento, em nome da “vontade geral”, da “ordem pública”, entre outros motivos vagos, limitava algumas liberdades para que fossem garantidos certos privilégios a essa parcela dominadora. Desse modo, mostrou-se necessária a criação de limites no poder do

¹²⁵ MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*, cit., p. 8.

¹²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit., p. 383.

parlamento de limitar a liberdade. Nesse caso, “a asseguarção à liberdade consiste em se dar ao Parlamento, e tão-só a ele, a criação de limites a ela, e em se estabelecerem limites à criação desses limites (isto é, à lei)”¹²⁷.

Torna-se imperioso encontrar os limites para a liberdade de uma maneira que não desvirtue o propósito limitador. Pontes de Miranda propõe uma maneira:

Preliminarmente, renunciemos a considerar suficiente a alusão ou a invocação de qualquer regra não positiva (lei divina, direito natural, Direitos do Homem supra-estatais não postos em lei positiva de Direitos das Gentes). Renunciaremos também às referências e conceitos abstratos, como ‘vontade geral’, ‘interesse geral’. O interesse geral existe. O que é difícil é apanhá-lo e defini-lo: não só porque é linha que descreve menos mal o que há de comum nos interesses particulares, como porque há interesses particulares contrários, diametralmente, ao elemento comum da maioria dos interesses particulares. Restam pois as limitações constantes de princípios de direito positivo, que se incluem na regra constitucional relativa a certa liberdade, e outras regras da Constituição, que cerceiam a atividade legislativa¹²⁸.

Percebe-se que o autor propõe a busca dos limites à liberdade não só com a positivação das liberdades, como também suas de garantias, mas com a positivação das regras que limitam a atividade legislativa. Nesse sentido, a conceituação da liberdade se restringe como aquele espaço resultante das limitações dessa.

Robert Alexy, em posicionamento no sentido de conceituar liberdade através de suas limitações, traz a ideia de um direito geral de liberdade.

Na visão de Alexy¹²⁹, o direito geral de liberdade estaria ligado à ideia de livre desenvolvimento da liberdade, desde que esse livre desenvolvimento não viole os direitos dos demais sujeitos. Para o autor, “a liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer”, mas isso, “caso nenhuma restrição ocorra”.

Ainda segundo o autor, “esse direito [geral de liberdade] não protege apenas o seu ‘fazer’, mas também o seu ‘ser’ fático e jurídico. Somente após essa ampliação é que o direito geral de liberdade se torna um direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções”¹³⁰.

Nota-se que o autor alemão, assim como Pontes de Miranda, busca dar maior espaço possível à liberdade, mas delimita o seu conceito através de suas limitações.

¹²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit., p. 380.

¹²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 387.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 343.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit. p. 344.

Tais limitações serão somente encontradas em um Estado de Direito, que, de maneira legítima irá impô-las. Assim, necessário é legitimar esse Estado de Direito.

Uma das maneiras de se legitimar um Estado de Direito é através da soberania popular, onde se dá aos sujeitos o direito de participar na criação das normas às quais irão se submeter. Tal fórmula pode ser muito bem observada na Teoria do Discurso de Habermas¹³¹, que irá defender a legitimidade das normas com a participação democrática discursiva, daqueles que irão ser destinatários da norma, no processo de criação destas.

De acordo com o princípio do discurso “são válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”¹³². Para Habermas, a validade das normas que compõem o ordenamento jurídico irá se legitimar através da participação dos sujeitos na formação das normas às quais vão se submeter. Tal posição se aplica perfeitamente às limitações da liberdade.

A partir dessas breves observações acerca das liberdades, é possível a tentativa de delimitação de um conceito atual de liberdade.

d) O conceito de liberdade

Por tudo o que foi abordado, torna-se possível a delimitação conceitual da liberdade: liberdade é um direito subjetivo que está intimamente ligado à autodeterminação do sujeito, porém uma autodeterminação inserida na universalidade em que vive. Onde o livre desenvolvimento de sua personalidade, da sua condição como pessoa, passa permitir o livre desenvolvimento da personalidade de seus pares e, para tanto, a liberdade deve ser limitada.

O limite da liberdade é a própria liberdade, sendo que esse limite só pode ser abalizado através de um processo legítimo de limitação.

É preciso notar, ainda, que a liberdade é um processo histórico e contínuo, que será sempre objeto de discussão, dado que ela está necessariamente e historicamente relacionada a pessoa e com o livre desenvolvimento da personalidade desta.

Uma vez mudados os anseios sociais, mudarão também as questões acerca da liberdade. Deve-se ter a consciência de que o que foi historicamente conquistado não pode ser

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 142.

¹³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit. p. 142.

suprimido, salvo se for constatado que se tratava de falsas liberdades, como ocorreu no período seguinte às Revoluções Liberais, quando em nome da “liberdade” se garantia privilégios a uma parcela da sociedade detentora do poder econômico.

2.2 – Os direitos de liberdade

Realizado um breve histórico acerca da liberdade, chegando-se a sua conceituação, torna-se importante que se faça uma especificação dessa, que se delimite, brevemente, quais são as liberdades que compõem o conceito já estudado, para que assim possa ser realizada uma abordagem um pouco mais aprofundada das liberdades que são o objeto do presente estudo.

Pontes de Miranda, em sua obra *Democracia, Liberdade e Igualdade: Os três Caminhos*¹³³, realiza a divisão da liberdade em dois grandes grupos, liberdade de espírito e liberdade do corpo, que corresponderiam à liberdade de pensamento e a liberdade de ação, estando dentro desses grupos especificações de outras liberdades, como a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de cultos, entre outras. Porém, o autor levanta dúvida sobre tal divisão, uma vez que defende que essas são indivisíveis:

(...) as liberdades são solidárias. A repressão, se é física, pode ser consequência da punição, assim do pensamento como do movimento. Se o indivíduo foi preso pelo chefe feudal por discutir passagem da Bíblia, não foi a liberdade física que se coarctou primeiro – foi a liberdade de pensamento¹³⁴.

Prossegue ainda o autor:

para o rigor da ciência, nenhuma delas [liberdades] é só física (inclusive a mais material delas: a liberdade de ir e vir); nem qualquer delas é só psíquica. (...). As duas liberdades, a de pensamento e a de ação, assumem importância especial, uma em relação à outra, conforme os tipos psicológicos: aquela é primeira para o indivíduo que se apura em sua atividade interior; essa, para quem se lança para fora, para quem o sentir-se livre é sentir ‘poder mover-se’ à vontade¹³⁵.

¹³³ Obra publicada, originalmente, em 1945 no Rio de Janeiro.

¹³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 422.

¹³⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 428.

Por fim, o autor acaba concluindo que as liberdades são na verdade impartíveis, sendo que todo e qualquer aspecto da liberdade será composto por um tanto de liberdade de pensamento e um tanto de liberdade física, porém, em porções diferentes¹³⁶.

Nota-se que, de acordo com o pensamento de Pontes de Miranda, não é possível analisar isoladamente um aspecto da liberdade sem, obrigatoriamente, tangenciar outro.

A nosso ver, não faz sentido algum diferenciar as liberdades em dois grandes grupos, dado que, de certo modo, todas dependem de um pouco de liberdade física e de um pouco de liberdade de pensamento. Didaticamente, para os fins aqui propostos, é importante a delimitação de alguns tipos de liberdade, mais precisamente aquelas ligadas ao objeto central do presente estudo, a saber: a liberdade de pensamento e a liberdade de emissão do pensamento, a liberdade de ensino, a liberdade de reunião e a liberdade religiosa, sendo que o estudo de uma pode abarcar o de outra, o que passamos a fazer.

a) Liberdade de pensamento e de expressar o pensamento

A liberdade de pensamento e de seu expressar nos remete às nossas convicções como seres humanos, dotados da capacidade racional, o que nos difere dos demais seres vivos¹³⁷. O pensar é o aspecto que nos caracteriza por sermos capazes de agir, não através de impulsos ou instintos, mas de maneira racional, consciente e livremente, possibilitando assim o exercício das demais liberdades. É a partir da liberdade de pensamento, a nosso ver, que será possível o exercício das demais¹³⁸.

¹³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 423.

¹³⁷ Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 422-423: “se podemos mover-nos e fazer tudo que queremos, porém não pensar livremente, estamos reduzidos à condição de animais, nas selvas. Se pensamos de modo diferente dos que dominam, ainda somos presos. Portanto, a própria premissa é falsa. Se podemos mover-nos e não podemos pensar livremente, não podemos mover-nos”.

¹³⁸ Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 428: “é pela liberdade da psique que começam as liberdades, se queremos considerá-las quanto à sua importância humana. Se não se pode pensar e julgar com liberdade, que se há de entender por liberdade de ir, ficar e vir, de fazer e não fazer?”. Também nesse sentido: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 416: “o direito à liberdade de expressão constitui o direito mãe a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas, tendo em vista responder às sucessivas mudanças tecnológicas, econômicas e estruturais relevantes no domínio da comunicação”.

A liberdade de pensamento e de expressão do pensamento não só é importante para o efetivo gozo das demais liberdades, mas também representa um importante instrumento para a consagração dos direitos fundamentais¹³⁹. Isso porque, somente através da liberdade de pensamento e de expressão é que foi possível a luta contra falsos direitos fundamentais.

Nota-se, desse modo, a grande importância da liberdade de pensamento para o livre desenvolvimento da pessoa como tal, o que, inevitavelmente nos leva ao paralelo com a dignidade da pessoa humana, que, segundo Jonatas Machado¹⁴⁰, figura como suporte para a liberdade de pensamento e emissão desse.

Mas, ainda nos resta delimitar em que consiste a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão do pensamento. De acordo com a lição de Rivero e Moutouh¹⁴¹, a liberdade de pensamento consiste na possibilidade que o sujeito tem de procurar, escolher, ou até mesmo de elaborar com as suas próprias convicções. Consiste nas respostas que pretende dar para as questões mundanas, seja em seu convívio pessoal ou social, para que possa assim, de acordo com essas respostas, pautar seu comportamento frente à sociedade.

Do conceito de liberdade de pensamento acima exposto pode se colher algumas conclusões. Primeiro, nota-se que a liberdade de pensamento, segundo Rivero e Moutouh, consiste na livre convicção do indivíduo acerca dos assuntos mundanos, na liberdade de determinação do que é certo ou errado, do que é bom do que é ruim, e assim adiante, tudo pautado de acordo com sua persuasão. Outra conclusão passível de observância do referido conceito, é a necessidade da expressão desse pensamento. Quando os citados autores ensinam que é através dessas convicções que a pessoa irá se pautar frente à sociedade, figura aí a expressão do seu pensamento, que assim como esse, a princípio, deve ser livre.

Nesse ponto, acreditamos que existente apenas o livre pensar, sem a possibilidade de sua exteriorização, a liberdade de pensamento permanece incompleta. Por vezes, até mesmo vazia. Hipocrisia seria admitir que exista um sujeito cem por cento livre para pensar quando não lhe é permitido exteriorizar o seu pensamento. A liberdade de pensamento acompanhada

¹³⁹ Nesse sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 61: “o direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. Isto, em boa medida, graças à sua função instrumental relativamente à afirmação da liberdade individual de pensamento e de opinião e à garantia da autodeterminação democrática da comunidade política globalmente considerada”.

¹⁴⁰ “A liberdade de expressão, em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 359.

¹⁴¹ MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. cit. p. 501.

do cerceamento de sua exteriorização é, em verdade, denegrida pela censura. Segundo Pontes de Miranda, a “liberdade de ‘pensar sem dizer’ de nada valeria na ordem social. Tiveram-na os escravos; têm-nas os que vivem sob as formas autocráticas, sob o despotismo”¹⁴². De nada vale a liberdade de pensamento sem a possibilidade de expressão desse, até porque, como já estudado, o pensar é algo inerente ao ser humano, necessário, inclusive para o seu desenvolvimento junto a seus pares¹⁴³. Mesmo aqueles que possuem pouco grau de instrução são seres pensantes, são racionais e esta característica não lhes pode ser subtraída.

É necessário, todavia, deixar claro que a liberdade de pensamento não necessita da efetiva liberdade de emissão desse, mas sim da possibilidade de sua emissão. Isso porque não se pode obrigar uma pessoa a emitir o que pensa ou deixa de pensar. A liberdade de pensamento abrange também a liberdade de não emití-lo¹⁴⁴.

Não nos cabe aprofundar a possibilidade de não exercício da liberdade de emissão do pensamento, mas sim a liberdade de emití-lo, pois, somente quando exteriorizado é que o pensamento poderá entrar em conflito com outro pensamento ou outra liberdade, o que representa o objeto desse estudo.

Assim como a liberdade do pensamento, a liberdade de expressão desse mostra-se de suma importância, sendo que a diferença existente entre estas se dá “apenas em que, naquela, se assegura o direito de se pensar como se quer, e nessa, além de tal direito, o de se emitir de público o pensamento”¹⁴⁵.

A emissão do pensamento é o direito do sujeito ser livre para pensar e para compartilhar o pensamento e, é nesse compartilhamento, que surge a relação entre o pensar

¹⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 431.

¹⁴³ Tal ideia pode ser encontrada no seguinte trecho de Jonatas Machado: “longe de corresponder a uma concepção egoísta e individualizada, a liberdade de expressão é inerentemente comunitária e contextual, assentando na procura de um justo equilíbrio entre as prerrogativas individuais e as necessidades de uma vida coletiva. Ela pressupõe que o sujeito desenvolve e afirma a sua personalidade mediante a interação comunicativa que estabelece com os outros, que ele se desenvolve na comunicação e através da comunicação, sendo esta um pressuposto fundamental do seu sentimento de auto-estima e da sua capacidade de escolha racional”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 359-360.

¹⁴⁴ “[A]ssim como aos indivíduos se reconheceu a liberdade ativa de emissão do pensamento, reconheceu-se-lhe a liberdade negativa: pensar, porém não emitir; saber, porém não dizer. (...), em verdade a liberdade negativa começa muito antes; quando se formulou o princípio da liberdade do pensamento, implicitamente se formulou o ‘de não pensar, o de não emitir o pensado e o de emití-lo secretamente’. Se podemos pensar sobre o que queremos, podemos pensar sobre quaisquer objetos ou assuntos, pouco ou muito, pró ou contra ou com indiferença, e não pensar sobre eles”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 467.

¹⁴⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 431.

daquela pessoa e os terceiros. Seja os demais homens ou qualquer outro seguimento da sociedade, como o Estado. É possível afirmar que, no tangente a relação entre o pensar livre e a livre emissão do pensamento, esse último figura como o elo entre a liberdade individual do pensamento e o Estado¹⁴⁶, onde surgem, inevitavelmente, conflitos¹⁴⁷.

Isso pode ser confirmado através de acontecimentos históricos, mais precisamente com a ocorrência de conflitos das mais diversas proporções entre a liberdade de emitir o pensamento e o Estado, como ocorreu com Sócrates, que foi acusado de corromper a juventude ateniense e acabou condenado a morte por defender suas ideias; ou, posteriormente, com a inquisição, período em que a Igreja torturou e queimou diversos pensadores que contestavam as leis divinas; e, mais recentemente, em um exemplo “caseiro”, deve ser lembrado o período da ditadura militar no Brasil, que com o AI-5¹⁴⁸ não apenas censurou, mas prendeu e torturou, aqueles que se opunham ao governo militar.

A censura ao pensamento, ou melhor, a limitação da liberdade de emissão do pensamento, mostra-se extremamente nociva não só aos direitos individuais dos sujeitos, mas como também ao desenvolvimento de uma nação.

O filósofo inglês John Stuart Mill, ensina que

o mal específico de impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano; a posteridade tanto quanto as gerações presentes; aqueles que dissentem a opinião ainda mais aqueles que a sustentam. Se a opinião é certa, aquele foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que consiste um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, pela sua colisão com o erro¹⁴⁹.

¹⁴⁶ “[A]s liberdades da comunicação estão consagradas no catálogo dos direitos, liberdade e garantias. Isto deve-se à sua íntima relação com a subjectividade individual, à experiência histórica de luta pela afirmação destas liberdades contra o Estado, às suas características normativas e estruturais, relativas ao elevado grau de determinabilidade e concretização no plano constitucional, e à sua natureza preponderantemente negativa e defensiva”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. cit.* p. 385.

¹⁴⁷ “[N]a liberdade de emissão de pensamento é que acontece o real encontro entre a liberdade individual de pensar e o Estado, a ‘ordem pública’. Aí é que as lutas se travam, sem que tais lutas sejam inevitáveis”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos. cit.* p. 450.

¹⁴⁸ AI-5: Foi um Ato Institucional que se sobrepunha à própria Constituição da época, concedendo amplos poderes ao governante e não observava as garantias constitucionais. O AI-5 entrou em vigor em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do presidente Artur da Costa e Silva. Sobre o AI-5, ver GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 240: “[o ministro] Gama e Silva anunciou diante das câmeras de TV o texto do Ato Institucional nº 5. Pela primeira vez desde 1937 e pela quinta vez na história do Brasil, o Congresso era fechado por tempo indeterminado. O Ato era uma reedição dos conceitos trazidos para o léxico político em 1964. Restabeleciam-se as demissões sumárias, cassações de mandatos, *suspensões de direitos políticos. Além disso, suspendiam-se as franquias constitucionais da liberdade de expressão e de reunião*”. (grifos nossos).

¹⁴⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução, introdução e notas de Pedro Madeira. Revisão de Desidério Murcho. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 44.

O filósofo inglês observa o prejuízo causado ao sujeito e ao desenvolvimento de uma nação, vez que prejudica também as gerações futuras, que se vêm prejudicadas na correção de antigos erros que não puderam ser expostos devido à impossibilidade de emissão do pensamento contrário às verdades que vigoravam em determinadas épocas.

Pontes de Miranda segue também a mesma linha de raciocínio. Segundo o autor, a liberdade de pensamento é tão essencial que “a experiência humana prova, de sobejo, que o progresso constituiu mais em se corrigir o ensinado, o recebido, do que em conservá-lo; e consiste, ainda hoje, mais em descobrir e inventar do que em se prosseguir”¹⁵⁰.

O respeito à liberdade de pensamento e de sua emissão, na lição de Gilberto Haddad Jabur¹⁵¹, “traduz-se em respeito ao pluralismo político e ideológico, elementos inseparáveis da democracia”, isso porque “reflete a participação do indivíduo no seio social; enobrece-o, como também pode denegri-lo, porque, afinal, está-se diante de uma liberdade”.

A citada passagem nos remete a uma característica da liberdade de pensamento e de sua emissão de essencial compreensão: tais liberdades, por mais que sejam individuais, só podem ser observadas em uma sociedade se o respeito a elas é coletivo, ou seja, se são garantidas e respeitadas igualmente a todos. Uma sociedade só pode considerar-se livre se todos são livres¹⁵².

Essa característica, inclusive, mostra-nos o quão recente são tais liberdades, uma vez que, como já exemplificado, em até pouco tempo atrás o Estado limitava o exercício dessas. Pode-se, inclusive, defender que, em certos países, existem povos que não são livres, como será abordado nos capítulos seguintes.

Para finalizar o estudo sobre a liberdade de pensamento e a liberdade de emissão do pensamento, acreditamos ser de grande valia realizar uma breve abordagem acerca da liberdade de ensino. Conforme se verá, a liberdade de ensino é de grande importância para possibilitar maior efetividade da liberdade de pensamento e da liberdade de emissão do pensamento.

¹⁵⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 453.

¹⁵¹ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 155.

¹⁵² Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 442: “[Q]uando dizemos que alguns povos orientais e alguns ocidentais não são livres, isso não quer dizer que não existam homens livres em tais povos: há-os, sim; mas alguns, poucos. A difusão da liberdade é que faz valerem os povos.

Por isso mesmo que a liberdade tem que ser de todos, para que se possa falar em liberdade do povo, seria impossível defender a de cada um, se fosse ilimitada. Para se defender qualquer ente, ainda pessoa ou nação, é preciso conhecer-lhe os limites, as fronteiras”.

Em nossa concepção, a liberdade de ensino figura como a principal maneira de se permitir de fato a liberdade de pensamento. Isso porque o ensino é que ampliará os horizontes das pessoas, que permitirá a elas o desenvolvimento de um pensamento crítico. Salvo no caso dos gênios e dos autodidatas, só será através do ensino livre é que se possibilita ao indivíduo um livre pensar, podendo cada um filtrar toda informação que lhe é passada e formar seu pensamento crítico acerca das mais diversas situações mundanas e expressar, se quiser, o seu pensamento.

Isso não significa que aqueles que não frequentaram escolas estão impossibilitados de expressar seus pensamentos. Dentro dos limites da emissão do pensamento, é garantida a todos a expressão, ainda que descabida ou sem sentido. E mais, não podemos partir do pressuposto de que apenas os letrados são capazes de expressar o pensamento. O que queremos observar é o inegável fato de que o ensino amplia a capacidade de pensamento dos indivíduos e, conseqüentemente, os municiam para um melhor expressar desse.

Na liberdade de ensino, “entra em causa mais do que a palavra, ou o gesto, ou a figura, com que se exprime o que se pensa ou se sente; abrange atos que têm valor educativo”¹⁵³, há um repasse de conhecimento através da exposição dos pensamentos. Isso permite o questionamento, a contestação, o que é muito salutar, como é muito bem retratado por John Stuart Mill:

A completa liberdade de contestar e refutar a nossa opinião é o que verdadeiramente nos justifica de presumir a vossa verdade para os propósitos práticos, e só nesses termos pode o homem, com a faculdades que tem, possuir uma segurança racional de estar certo¹⁵⁴.

Na visão do autor, a possibilidade do questionamento, da contestação de ideias, é o que irá permitir a presunção de veracidade do afirmado, pois esse terá que ser fundamentado para afastar os questionamentos. Isto nada mais é do que se permitir o livre ensino.

Limitar o ensino figura como uma limitação ao pensamento crítico, assim, conseqüentemente, limita-se a possibilidade de questionar o que ocorre a sua volta¹⁵⁵. A limitação da liberdade de ensino é arma preciosa nas mãos dos déspotas, que se sentem a vontade com a estagnação do pensamento de seus súditos, que possuirão poucos argumentos

¹⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 471.

¹⁵⁴ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. cit. p. 47-48

¹⁵⁵ Nesse sentido, MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. cit. p. 98: “o significado mesmo da doutrina estará em perigo de se perder, de se debilitar, de se privar do seu efeito vital sobre o caráter e a sua conduta: o dogma se tornará uma mera profissão formal, ineficaz para o bem, mas a estorvar o terreno e a impedir o surgimento de qualquer convicção efetiva e profunda, vinda da razão ou da experiência pessoal”.

para contestar o seu poder e agirão de acordo com o que lhes forem imposto, em virtude da limitação de sua personalidade¹⁵⁶.

b) Liberdade religiosa

Entre as liberdades que especializam¹⁵⁷ a liberdade de pensamento, o estudo da liberdade religiosa figura como ponto fundamental para um bom desenvolvimento do tema proposto nesse trabalho.

A ligação entre o sujeito e a religião é uma relação existente há milhares de anos, sendo que a intensidade dessa relação e o grau de influência das instituições religiosas na vida de seus seguidores irão variar de acordo com o contexto histórico e social em que está inserida essa relação.

Independente de como se dá essa relação, inegável é que, de uma maneira ou outra, as religiões exercem um significativo papel na vida de muitas pessoas, como bem lembra Gonzaga:

Das grandes religiões, que surgiram na era histórica, não interessam aqui as doutrinas e os dogmas, mas apenas a lembrança de que são portadoras de normas sociais de conduta como reforço do comportamento íntimo e das intenções de seus seguidores¹⁵⁸.

Além da íntima relação existente entre a religião e as pessoas, há também uma histórica ligação entre a religião e o Estado que, a depender dos mesmos fatores mencionados (contexto histórico, social e tipo de religião seguida), ocorreu e ocorre das mais variadas formas possíveis.

¹⁵⁶ Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 472: “Nas idades iniciais do homem, o escopo a que se deve aspirar é o desenvolvimento da personalidade autônoma, excluídos os mentores à maneira de Telêmaco, os educadores-confessores, os instrutores déspotas; a independência do educando, o preparo para saber distinguir pela razão e pelo sentimento o que deve fazer e o que não deve fazer”.

¹⁵⁷ A liberdade religiosa, segundo Pontes de Miranda, “especializa a liberdade de pensamento, pois que a vê somente no que concerne à religião”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 461.

Assim também ensinam Rivero e Moutouh: “na base da participação numa religião, há necessariamente um ato pessoal de adesão ao sistema do mundo por ela proposto, ato que tem ainda mais valor e significado por ser livre. Por esse aspecto, a liberdade religiosa é uma forma da liberdade de opinião, aquela que designamos mais especialmente pelo nome de liberdade de consciência”. MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. cit. p. 523.

¹⁵⁸ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. cit. p. 275.

Em determinados períodos históricos, como nas antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, as relações entre as pessoas, a religião e o “Estado”¹⁵⁹ eram tão intensas que se confundiam na formação desse último. Nesses períodos não se distinguia o pensamento político da religião, sendo que “a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, demonstrando a estreita relação Estado / divindade”¹⁶⁰.

Nas organizações sociais da antiguidade e da Idade Média, havia profunda influência religiosa, determinando uma rígida separação de classes e até justificando o autoritarismo de governantes¹⁶¹.

Sendo a liberdade religiosa uma especialização da liberdade de pensamento e da liberdade de emissão do pensamento, tais moldes de “Estado” não permitiam o desenvolvimento da liberdade religiosa, uma vez que limitavam a liberdade dos homens em escolher sua religião.

Em um modelo de Estado democrático, sobretudo laico¹⁶², deve ser garantida e respeitada a liberdade religiosa, mas, para isso, deve-se conceituar e delimitar esta liberdade, para que não seja esvaziada por um amplo conteúdo.

¹⁵⁹ O vocábulo Estado se encontrará entre aspas em diversas oportunidades nesse capítulo em decorrência da constatação de que o surgimento desse, nos moldes conhecidos atualmente, somente é observado com o fim da Idade Média. Assim, na Idade Média e na antiguidade não há de fato a observância de Estados. O vocábulo entre aspas irá se referir a organização social de cada época.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria de estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 23.

¹⁶¹ O seguinte trecho de Jonatas Machado ilustra o alegado: “a Conversão de Constantino em 313 d.C. e a queda do Império Romano, em 476 d.C., tiveram uma grande repercussão no modo como o poder político se relacionou com a religião, com especial relevo para o Cristianismo. Esse tornou-se religião lícita, imperial e oficial, situação que se perpetuou quando o Bispo de Roma começou a chamar a si a dignidade imperial de sucessor de César”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

¹⁶² De grande importância é a ciência de que laicidade é um conceito distinto de ateísmo. Laicidade nos remete à ideia de não envolvimento do governo nos assuntos inerentes a religião bem como o não envolvimento religioso em assuntos do governo. Ou seja, em nenhum momento nos remete à ideia de rejeição à crença, como, em um sentido amplo, prega o ateísmo. Nesse sentido, ensina MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. cit. p. 22: “a laicização do Estado significa a democratização política e religiosa através de uma participação igualitária de todos os indivíduos na formação da vontade política e na doutrina religiosa. É esse pano de fundo para a defesa da liberdade religiosa individual e da separação das confissões religiosas do Estado no contexto norte-americano. Ele traduz a ideia de que a religião pode legitimamente ocupar um lugar no espaço público na medida em que isso reflecta, não uma imposição coercitiva de autoridades políticas e religiosas, mas a autonomia individual e o autogoverno democrático das comunidades. A mesma pode influenciar a opinião pública e a vontade política no quadro de uma esfera pública plural. Esta compreensão das coisas viria a influenciar fortemente os desenvolvimentos na América revolucionária”.

A liberdade religiosa é fruto das constantes lutas das pessoas para a libertação de suas crenças e convicções da gerência estatal. Das constantes lutas para, primeiro, se atingir uma tolerância religiosa e, depois, a liberdade religiosa.

Nesse sentido, fundamental é realizar uma primeira diferença conceitual: liberdade religiosa e tolerância religiosa.

A tolerância religiosa pressupõe a existência de uma religião dominante, mais aceitável, sendo as demais apenas toleradas¹⁶³. A tolerância figura, na verdade, como um pressuposto de inferioridade, sendo as religiões, distintas daquela dominante, qualificadas como menores, em um claro tratamento desigual¹⁶⁴.

Pontes de Miranda¹⁶⁵ ensina que a liberdade religiosa exige um esvaziamento de qualquer elemento de desigualdade ou de despotismo, não havendo em que se falar em religião dominante, ou melhor. Para o autor, a liberdade religiosa “é direito individual fundamental, que independe de qualquer escalonamento, em virtude de maior ou menor número de adeptos, ou de outro fator diferente”¹⁶⁶.

Nesse sentido, a liberdade religiosa pressupõe algo maior do que uma tolerância religiosa. A liberdade religiosa pressupõe respeito às escolhas individuais de cada pessoa, que não deve ser julgada por suas escolhas pessoais, como há muito tempo já alertava o filósofo John Locke¹⁶⁷.

¹⁶³ Nesse sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. cit. p. 21: “na Europa católica e protestante, os Monarcas defendiam as suas prerrogativas de direito divino, procurando rechaçar ao mesmo tempo as pretensões imperiais, Papais e clericais. A religião do Monarca deveria ser a religião dos súbditos. (...). Por razões meramente prudenciais, poder-se-ia garantir alguma margem de tolerância a algumas confissões religiosas, quando uma significativa expressão social ou um outro interesse político o justificasse. Quando não fosse o caso, existia uma religião oficial, protestante ou católica, para todos os súbditos, eventualmente com algumas exceções, como sejam a tolerância religiosa dos estrangeiros e da devoção privada dos nacionais”.

¹⁶⁴ Pontes de Miranda ilustra muito bem o citado quando trás o pensamento de Thomas Paine: “‘A tolerância’, dizia ele, no estudo sobre os Direitos do Homem, ‘não é o oposto à intolerância, mas a sua falsificação. Ambas são despotismos. Uma se atribui a si mesma o direito de impedir a liberdade de consciência, e outra, o de autorizá-la’. A tolerância era resto de pensamento despótico”. In: MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. cit. p. 464.

¹⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 461 e seg.

¹⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 464.

¹⁶⁷ “nenhum indivíduo tem qualquer direito, de nenhuma maneira, de prejudicar outra pessoa em seus bens civis porque ele pertence a outra igreja ou a outra religião. Todos os direitos e privilégios que lhe pertencem, como homem ou como cidadão, são invioláveis e devem ser preservados. Isso não é função da religião. Nenhuma violência ou injúria deve ser-lhe aplicada, seja ele cristão ou pagão”. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Introdução de J. W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 250.

Segundo Brunello Souza Stancioli, a liberdade religiosa compõe um grupo de liberdades que permite ao sujeito um efetivo exercício de sua liberdade de expressão¹⁶⁸. Para o autor,

a liberdade de expressão só pode encontrar condições de possibilidade de ser efetivada quando e onde houver liberdade de crença religiosa. Só quando a pessoa humana puder escolher sua profissão, seus dogmas, é que poderá expressar-se livremente. Mesmo o direito de ser ateu ou o direito de ser agnóstico e o direito de expressar o (próprio) ateísmo ou agnosticismo só podem existir quando há liberdade religiosa¹⁶⁹.

Outro ponto importante que pode ser extraído da lição de Stancioli, e que merece destaque, é a parte final do trecho acima mencionado. De acordo com o autor, a liberdade religiosa também engloba o fato de não possuir uma religião, uma crença, assim como, também, o fato de ser livre para manifestar sua descrença¹⁷⁰.

Outros autores também se manifestam no mesmo sentido, a exemplo de Pontes de Miranda, que ensina que a “liberdade de religião é liberdade de se ter uma religião que se entende, em qualidade, ou em quantidade, inclusive não na ter¹⁷¹”, e também Rivero e Moutouh¹⁷².

Assim como ocorre com a liberdade de pensamento e a liberdade de emissão do pensamento, a liberdade religiosa, enquanto não exteriorizada, permanece apenas no íntimo do indivíduo, sendo necessárias outras liberdades para sua completude.

¹⁶⁸ Tal ideia defendida no posicionamento do referido autor já podia ser observada nas teses de John Locke, como bem demonstra Jonatas Machado: “para esse autor [John Locke], a Igreja deveria ser entendida, fundamentalmente, como uma *free and voluntary society*, exercendo as suas funções de natureza espiritual de uma forma autônoma e isenta de coação, ou seja, numa atmosfera livre de quaisquer interferências estaduais, constituindo esta a única maneira de conferir sinceridade e autenticidade à opção de fé individual. A defesa desta concepção vai colocar John Locke na vanguarda da luta pela liberdade de expressão, na medida em que, começando por defender a liberdade religiosa individual, esse autor acaba por sustentar a legitimidade da expressão de opiniões, de forma confrontacional e persuasiva, desde que as mesmas não atentem contra a ordem social”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. cit.* p. 60.

¹⁶⁹ STANCIOLI, Brunello Souza. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 81.

¹⁷⁰ Nesse sentido, também leciona Daniel Sarmiento: “Na verdade, o ateísmo, na sua negativa da existência de Deus, é também uma crença religiosa, que não pode ser privilegiada pelo Estado em detrimento de qualquer outra cosmovisão”. In: SARMENTO, Daniel. Artigo científico: O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. Maio de 2007. Disponível em <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em 27 de junho de 2013.

¹⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos. cit.* p. 465.

¹⁷² Segundo os autores, “A liberdade religiosa é complexa. É garantida constitucionalmente sob dois aspectos: liberdade de consciência, ou seja, liberdade de escolher entre o ateísmo e a adesão a uma religião entre aquelas que se propõem aos homens, e liberdade dos cultos, ou seja, liberdade da prática individual e coletiva da religião”. MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas. cit.* p. 521.

Segundo José Afonso da Silva¹⁷³, deve-se observar que a exteriorização da liberdade religiosa é uma forma de manifestação do pensamento e compreende três formas de expressão: (1) liberdade de crença; (2) liberdade de culto; (3) liberdade de organização religiosa.

Acerca da divisão apresentada pelo autor, é importante realizar uma observação. Em verdade, apresentar uma discordância.

Como pode se notar, José Afonso da Silva apresenta a liberdade de crença como uma das liberdades utilizadas para a liberdade religiosa. Em nossa concepção, a liberdade de crença seria a própria liberdade religiosa. Seria a liberdade de se ter ou não uma religião, uma crença. Nas palavras de Jabur, “liberdade de crença é a livre convicção de fé religiosa, enquanto repousa sem manifestação. Deve se utilizar a expressão sempre que a consciência estiver vertida para alguma religião”¹⁷⁴.

A emissão do pensamento religioso, da crença, se dará através da liberdade de culto e de organização religiosa¹⁷⁵.

A liberdade de culto está para a liberdade de crença assim como a de reunião está para a liberdade de pensamento, sendo que o mesmo ocorre com a liberdade de organização religiosa em relação à liberdade de associação.

O culto é definido por Pontes de Miranda como “a forma exterior da religião: religião + relação com os outros homens + ação”¹⁷⁶. É a maneira que o sujeito possui de emitir o seu pensamento religioso. Para Jabur, “o culto representa, na verdade, a concretização e expressão máxima da fé. É a demonstração de veneração a uma coisa, pessoa, ser ou ente sublime”¹⁷⁷.

Após o breve estudo acerca das liberdades de pensamento, religiosa, de emissão do pensamento e de culto, passaremos a tratar a relação dessas liberdades com os indivíduos e o Estado.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. cit. p. 248 e seg.

¹⁷⁴ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. cit. p. 153.

¹⁷⁵ Nesse sentido, o próprio José Afonso da Silva demonstra a importância dos cultos para a liberdade de crença: “a religião não é apenas um sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, dos cultos, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida”. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. cit. p. 249.

¹⁷⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 473.

¹⁷⁷ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. cit. p. 153.

c) Os limites das liberdades de pensamento, expressão e religiosa. A relação entre essas liberdades, os indivíduos e o Estado

A relação entre os indivíduos, o Estado e os direitos fundamentais, como já visto, ocorreu de maneiras distintas a depender do contexto histórico de cada época, assim ocorrendo também em relação aos direitos de liberdade, enquanto direitos fundamentais.

Ao abordar as relações entre esses direitos de liberdade, os indivíduos e o Estado, inevitavelmente teremos que abordar a limitação desses direitos, pois, para se garantir a maior efetividade da liberdade e convivência das liberdades individuais¹⁷⁸, deve-se limitar a própria liberdade. Essa constatação não é diferente no que se refere a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Isso porque a tendência natural da falta de limite às liberdades de expressão e religiosa seria a imposição dos ideais de uma maioria sobre uma minoria.

Para tanto, é necessário que se trace um limite para tais direitos, o que não é uma tarefa fácil. Isso por se tratarem de direitos fundamentais, que, como já mencionado, percorreram um longo caminho histórico até suas efetivações¹⁷⁹.

Em decorrência desse árduo caminho até a consagração dos direitos de liberdade, suas limitações devem ocorrer de um modo legítimo e democrático.

Segundo Jonatas Machado, a liberdade de expressão, por ser, em sentido amplo, instrumento de formação da personalidade da pessoa, possui como base o valor da dignidade da pessoa humana¹⁸⁰. Porém, o mesmo autor apresenta uma importante observação: se de um

¹⁷⁸ Nesse sentido ensina Pontes de Miranda: “[S]e a liberdade fosse ilimitada, como pretendia J. J. Rousseau, as nossas próprias mãos, defendendo-a, poderiam esmagá-la, por não sabermos se era a nossa liberdade mesma que se opunha à de outrem: para proteger a essa, feriríamos a nossa; para proteger a nossa, feriríamos a de outrem. Foi isso o que se passou com a Revolução Francesa: não sabiam onde estavam os ‘limites das liberdades’ os próprios revolucionários; marcharam sobre elas, quando as liberdades ‘ilimitadas’ de todos se chocaram”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 442.

¹⁷⁹ Historicamente, os direitos fundamentais se apresentaram como direitos de imposição face ao Estado, o que exige uma postura cautelosa do Estado quando da delimitação desses direitos, uma vez que exigem uma postura negativa do Estado. Não sendo diferente no tangente ao direito de liberdade de expressão, como bem demonstra Jonatas Machado: “as liberdades da comunicação estão consagradas no catálogo dos direitos, liberdade e garantias. Isto deve-se à sua íntima relação com a subjectividade individual, à experiência histórica de luta pela afirmação destas liberdades contra o Estado, às suas características normativas e estruturais, relativas ao elevado grau de determinabilidade e concretização no plano constitucional, e à sua natureza preponderantemente negativa e defensiva”. In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 385.

¹⁸⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 359.

lado a dignidade da pessoa humana funciona como base para liberdade de expressão, de outro, ela figura como seu limite, sendo que “o exercício desse direito fundamental deve fazer-se, na medida do possível, no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo”¹⁸¹. Isso porque, como também alerta Jonatas Machado¹⁸², a liberdade de expressão e a liberdade religiosa são direitos que, necessariamente, serão exercidos dentro de um contexto social, afetando, inevitavelmente, demais pessoas que, igualmente, possuem os mesmos direitos de liberdade, que devem ser respeitados.

Na mesma linha de raciocínio, Rivero e Moutouh¹⁸³, defendem que tais limitações podem existir no intuito de conter os abusos dessas liberdades, principalmente para preservar o respeito à honra e reputação das pessoas, o respeito da ordem pública e respeito à dignidade humana.

Podemos afirmar que temos já apresentados alguns parâmetros para a limitação das liberdades de expressão e religiosa. Tais parâmetros não são, entretanto, suficientes para justificar, por si só, a limitação desses direitos, dado que são muito amplos, ainda que delimitados seus conceitos.

Pontes de Miranda defende que a limitação da liberdade de expressão pode ser feita através de lei¹⁸⁴, desde que esta “seja igual para todos, haja justiça para todos e a lei mesma tenha tido fonte democrática, nenhum dano vem à liberdade do pensamento”¹⁸⁵. Porém, como o próprio autor alerta na mesma passagem, se esta limitação originar discriminação prévia do que é ou não permitido, se apenas limita a liberdade de algumas pessoas e se mantém outras imunes, surgirão danos à liberdade.

¹⁸¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 360.

¹⁸² “Longe de corresponder a uma concepção egoísta e individualizada, a liberdade de expressão é inerentemente comunitária e contextual, assentando na procura de um justo equilíbrio entre as prerrogativas individuais e as necessidades de uma vida coletiva. Ela pressupõe que o sujeito desenvolve e afirma a sua personalidade mediante a interação comunicativa que estabelece com os outros, que ele se desenvolve na comunicação e através da comunicação, sendo esta um pressuposto fundamental do seu sentimento de auto-estima e da sua capacidade de escolha racional”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 359-360.

¹⁸³ MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. cit. p. 504.

¹⁸⁴ Para Jonatas Machado, “a lei restritiva deve ser geral e abstracta, em nome do princípio da igualdade e da separação dos poderes, não pode ser retroactiva, em nome do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, e deve deixar intocado o conteúdo e essencial do direito fundamental em causa”. Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. cit. p. 386.

¹⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. cit. p. 441.

Com isso, temos mais um parâmetro para a limitação das liberdades de expressão e religiosa, a saber: a dignidade da pessoa humana, a garantia das próprias liberdades, a ordem pública e a restrição por meio de leis anteriores e gerais.

Tais parâmetros de limitação das liberdades religiosa e de expressão visam garantir a maior efetividade destas e, ao mesmo tempo, a manutenção de uma determinada distância do Estado em relação a essas liberdades, dado que possuem caráter negativo.

Essa distância entre o Estado e tais liberdades fica bem evidenciada no que tange a liberdade religiosa. Isso em decorrência da neutralidade¹⁸⁶ desse quanto às confissões religiosas, permitindo e garantindo a todos os indivíduos que se pautem de acordo com aquilo que acreditam, sejam eles ateus, agnósticos ou religiosos, desde que respeitem os limites já mencionados.

Podemos afirmar que a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, genericamente, só devem sofrer limitações mínimas, com o intuito de salvaguardar essas próprias liberdades e a dignidade humana.

Essas regras de limitação devem estar de acordo com o princípio da igualdade perante a lei, sendo aplicadas a todos, indistintamente, possuindo como intuito a maximização da justiça e não a censura. Devem, ainda, ter sido criadas democraticamente pelos representantes do povo.

Além dessas limitações genéricas, tais liberdades podem também ser limitadas quando em conflitos com os demais direitos fundamentais. O que exigirá uma análise mais detalhada sobre tais direitos, conforme será observado no próximo capítulo.

2.3 – A limitação da liberdade em conflitos diretos

A limitação da liberdade pode incidir também em decorrência de conflitos entre os aspectos da liberdade, como, por exemplo, a liberdade de reunião em uma via pública e a liberdade de ir e vir daqueles que não participam daquela reunião.

¹⁸⁶ Segundo Jonas Machado, “a neutralidade religiosa pretende impedir a instrumentalização do poder político pelos poderes religiosos e vice versa, ao mesmo tempo em que promove a autonomia das confissões religiosas e liberta o erário público de quaisquer encargos com a promoção da religião. Do mesmo modo, ela pretende salvaguardar a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, crentes e não crentes, colocando a escolha individual em matéria de visões de mundo, religiosas ou não, fora do alcance dos poderes coercitivos do Estado”. In: Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. cit.* p. 24.

A ocorrência de conflitos entre as liberdades é algo inevitável, principalmente em ordenamentos jurídicos de Estados socialmente complexos como o brasileiro, que abriga sujeitos das mais diversas características, como condição social, credo, perspectiva política, raça, cultura, etc.

A junção de todas essas características em um único Estado faz com que exista uma sociedade em que os opostos convivam lado a lado o tempo todo, surgindo, assim, inevitáveis conflitos, que, inevitavelmente, irão recair principalmente nos direitos de liberdade.

Nesses casos de conflitos entre as liberdades haverá uma limitação de uma delas ou até mesmo de ambas, proporcionalmente. Isso porque, para a melhor e igual garantia da liberdade a todos, deve se limitar a própria liberdade, pois a falta de limite irá, fatalmente, fazer com que alguns indivíduos se sobreponham aos demais de maneira extremamente desigual, o que já foi superado desde a segunda geração dos direitos fundamentais¹⁸⁷.

Porém, antes de apresentar a solução dos conflitos entre as liberdades, para que assim possa observar como ocorrerá a limitação destas no plano abstrato, de fundamental importância é realizar uma breve abordagem sobre os conceitos de princípios e de regras.

A importância de um breve estudo desses conceitos deve-se ao fato da necessidade de se enquadrar as liberdades em um deles. Isso porque, a depender de qual conceito a liberdade se encaixa, a solução dos conflitos entre elas se dará de uma maneira específica.

a) Regras e princípios

A diferenciação entre princípios e regras foi objeto de estudo de importantes juristas, como Ronald Dworkin¹⁸⁸ e Robert Alexy¹⁸⁹, sendo que, talvez, as maiores repercussões dessa

¹⁸⁷ Os direitos fundamentais de segunda geração estão ligados prestações positivas do Estado junto ao indivíduo. Com isso, esses direitos passam a exercer uma liberdade social, criando-se um link entre liberdades formais abstratas e as liberdades materiais concretas. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. cit. p. 49.

Nesse sentido, ver também Paulo Bonavides: “os direitos fundamentais da segunda geração “são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social...”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 32-33.

¹⁸⁸ Tema abordado em sua obra *Levando os direitos a sério*, publicada, originalmente, sob o nome *Taking Rights Seriously* em 1977 pela editora de Harvard (*Harvard University Press*), nos Estados Unidos. Nesse sentido, afirma Dworkin: “quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos,

diferenciação dão-se na aplicabilidade desses modelos normativos e, também, na maneira de solucionar possíveis conflitos entre os princípios e entre as regras.

O vocábulo “princípio” é originário da expressão em latim *principium*, que, em uma definição vulgar, quer dizer início, começo, ou seja, início das coisas. E é nesse sentido que alguns doutrinadores seguem para conceituar os princípios, como Paulo Nader, que ensina que os princípios trazem a “ideia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa”¹⁹⁰. Os princípios seriam a base para os demais instrumentos normativos, seria dos princípios que as demais normas emanariam.

Tal conceito formulado por Nader mostra-se bastante simplório para nosso estudo. Isso porque não aborda questões fundamentais acerca dos princípios.

José Afonso da Silva define os princípios como “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”¹⁹¹. Nesta conceituação, os princípios, ao mesmo tempo, propagam e conectam o sistema de normas, figurando, assim, não só como base para o sistema normativo, mas como também um instrumento integrador desse sistema.

Por sua vez, Miguel Reale, primeiramente restringindo-se ao aspecto lógico da questão, ensina que

os princípios são "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis¹⁹².

eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Concluindo mais a frente: “Meu objetivo imediato, porém, é distinguir os princípios, no sentido genérico, das regras e começarei reunindo alguns exemplos dos primeiros”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36-37.

¹⁸⁹ Tema abordado em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, publicada, originalmente, sob o nome *Theorie der Grundrechte* em 1985 pela editora *Nomos Verlagsgesellschaft*, na cidade de Baden-Baden na Alemanha. Sobre o tema, afirma Robert Alexy: “Essa distinção [regras e princípios] é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 85.

¹⁹⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 201.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. cit. p. 92.

¹⁹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 285.

De acordo com o ensinamento de Reale, os princípios fundam o sistema de conhecimento, isso em resultado da pesquisa e também dos acontecimentos. Porém, ele também se propõe a conceituar os princípios no que tange à ciência do Direito. Para o autor,

[os] princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática¹⁹³.

Paulo Bonavides¹⁹⁴, citando autores como Luís-Diez Picazo, F. de Clemente, entre outros, conceitua princípio como de onde se assinala as primeiras verdades, sendo as premissas de todo um sistema. Assim como na ideia de Nader, para Bonavides, os princípios seriam a base do sistema normativo. Porém, em sua obra, Bonavides, assim como Miguel Reale, assinala o aspecto da normatividade dos princípios, viés importante dos princípios que não é abordado no conceito formulado por Nader.

Alexy¹⁹⁵ também ensina que os princípios são dotados de normatividade, assim como as regras. Para o autor, os princípios dizem o que deve ser e por isso também são normas.

É de fundamental importância ressaltar que os princípios, assim como as regras, são normas¹⁹⁶, desse modo, de acordo com a lição de Miguel Reale¹⁹⁷, são estruturas proposicionais enunciativas de uma conduta ou de uma maneira organizacional, que devem ser seguidas obrigatória e objetivamente. São modalidades deônticas (que indicam um *dever ser*), como também leciona Alexy¹⁹⁸. Com tal elucidação, podemos prosseguir com a distinção entre regras e princípios.

Como já abordado, vários autores se dispuseram a discursar acerca dessa diferenciação, resultando em diversos critérios para a realização dessa distinção, como, o grau de generalidade, a origem, a forma de aplicação e, também, o processo de resolução das colisões.

¹⁹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. cit. p. 286.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. cit. p. 255- 257.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 87

¹⁹⁶ Segundo Alexy, “[t]anto regra quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 87.

¹⁹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. cit. p. 88.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 51-58.

Partindo do critério da generalidade, Alexy afirma que os “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”¹⁹⁹, alertando ainda que o que se entende como generalidade não pode ser confundido com universalidade. De acordo com o autor, o universal está para o individual, enquanto o geral está pra o especial²⁰⁰.

Em síntese, os princípios, por serem dotados de alta generalidade, abrangem uma gama maior de situações dentro do ordenamento jurídico. Já as regras, por serem dotadas de menor generalidade, abrangem situações mais específicas, especiais. O conceito de universalidade não se enquadra nesta distinção, pois, tanto os princípios quanto as regras, em regra, são universais, uma vez que são dirigidos à universalidade de sujeitos.

Segundo Alexy, os princípios se diferenciam das regras pelo fato de ordenarem “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁰¹. Os princípios, quando de sua aplicação, devem ser utilizados de maneira a potencializar ao máximo possível aquilo que por ele foi disposto. Deve-se buscar otimizar a norma por ele descrita, podendo, assim, ser adequados às necessidades do caso concreto. Esta otimização, inclusive, embasa o conceito de princípios formulado pelo autor:

Princípios são, (...), mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas²⁰².

Já as regras, segundo Alexy, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”²⁰³. Devem ser observadas de acordo com aquilo que dispõem, nem mais, nem menos. A diferença, de acordo com a lição de Alexy, entre os princípios e regras é qualitativa, e não de grau. Trata-se de normas de qualidades distintas e não de graus distintos.

Ainda quanto à aplicabilidade das regras e princípios, de fundamental importância é citar o estudo de Ronald Dworkin. O autor delimita o princípio como “um padrão que deve ser observado, não que vá promover uma condição econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”²⁰⁴.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 87.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 87-88 (nota de rodapé).

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 90.

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 90.

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 91.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 36.

Para Dworkin, tanto os princípios quanto as regras são normas “que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”²⁰⁵, diferenciando-se de acordo com natureza da orientação para a tomada desta decisão. Nas palavras do autor, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”²⁰⁶. Uma vez ocorrida uma situação descrita em uma regra, esta, se for válida, será aplicada, e, se não for válida, não será aplicada àquele caso.

Para explicar sua afirmação, o autor utiliza-se de uma analogia ao jogo de beisebol. Porém, por questões culturais, adaptaremos seu exemplo ao jogo de futebol, para tornar mais compreensível a diferenciação proposta pelo autor.

O “tudo-ou-nada” descrito pelo autor, segundo o mesmo, fica mais evidente se for feita uma análise do funcionamento das regras. Assim, explicaremos através da regra do impedimento no futebol. A regra número 11 da FIFA assim dispõe:

Um jogador estará em posição de impedimento quando: se encontrar mais próximo da linha de meta adversária do que a bola e o penúltimo adversário.
Um jogador não estará em posição de impedimento quando: se encontrar em sua própria metade de campo, ou estiver na mesma linha do penúltimo adversário, ou estiver na mesma linha a dos dois últimos adversários²⁰⁷.

De acordo com a regra acima descrita, um jogador de futebol estará em posição de impedimento se ele estiver mais próximo da linha do gol do que a bola e o penúltimo adversário. Se um jogador se encontrar nessa situação descrita, ele estará em posição de impedimento, devendo o juiz paralisar o jogo, apontar a infração e passar a posse da bola para o time adversário. Caso o jogador não esteja nessa condição, não se aplicará a regra do impedimento.

Diferente ocorre com os princípios. Para Dworkin, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”²⁰⁸. No tangente aos princípios, quando ocorre alguma situação por ele descrita, sua aplicabilidade não se dará de imediato.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 39.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 39.

²⁰⁷ Confederação Brasileira de Futebol – Regras do futebol 2012-2013: disponível em <http://www.apitonacional.com.br/documentos/regras2013.pdf>. Acesso em 21/02/2013. p. 72.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 40.

Para ilustrar o seu ponto de vista²⁰⁹, o autor cita o princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar de seus próprios erros, ou seja, que ninguém obtenha vantagens com os erros por ele cometidos. De acordo com o que Dworkin entende como princípio²¹⁰, o fato de se impedir que alguém se beneficie de erros próprios estaria cumprindo a exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade, como é função de um princípio.

Caso o princípio tivesse aplicabilidade direta, tal como as regras, ocorrendo uma situação em que alguém incorresse em erro, todo e qualquer benefício que desse originaria não poderia ser usufruído pelo sujeito, isso de maneira automática. Mas não é desta maneira que ocorre.

Provando isso, o autor trás o exemplo do que ocorre com a usucapião. A usucapião se inicia com um fato ilegal do usucapiente, o esbulho. Tanto é assim que existem meios legais²¹¹ para a retirada do usucapiente do imóvel esbulhado, inclusive com a força policial, sendo também considerado crime²¹².

Mesmo assim, tendo o proprietário daquele imóvel permanecido silente durante todo o período necessário para convalidação da usucapião, o esbulhador se tornará proprietário daquele imóvel. Neste caso, a norma descrita no princípio abordado acima não se aplicou de maneira direta, mas certamente seria aplicada caso arguida em tempo oportuno.

De acordo com a lição de Dworkin, os princípios não possuem sua aplicabilidade direta tal como no caso das regras. Para exemplificar o ponto abordado por Dworkin, utilizaremos, assim como foi feito no caso das regras, da analogia com o futebol. Desta vez utilizaremos o princípio do jogo limpo (*fair play*).

A FIFA, órgão máximo do futebol mundial, prega o princípio do jogo limpo durante a realização das partidas de futebol, sendo aplicado nas mais diversas situações.

²⁰⁹ De acordo com Dworkin, “um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda mais] necessita de uma decisão particular. (...). Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – (...). Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas condições em contrário estiverem ausentes ou tiverem maior força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmamos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, de ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 41-42.

²¹⁰ Conceito citado à página 5, com referência à nota 18.

²¹¹ Nesse sentido, ver capítulo V (Das ações possessórias) do Código de Processo Civil brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

²¹² Nesse sentido, ver capítulo III (Da usurpação) do Código Penal brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

Uma das situações em que se deve observar o citado princípio é a seguinte: quando um jogador de um time “A” coloca a bola para fora de jogo para que outro jogador seja atendido, passando assim a posse de bola para equipe adversária, a equipe “B”, que, ao reiniciar a partida, deve devolvê-la à equipe “A”.

Caso os jogadores da equipe “B” não devolvam a posse de bola para a equipe “A” e marquem um gol, este não será invalidado imediatamente pelo árbitro da partida. Porém, a equipe que não devolveu a bola poderá sofrer algum tipo de sanção pela não observância do princípio do jogo limpo, isso através da análise dos órgãos administrativos do futebol.

Diferente da regra do impedimento, o princípio do jogo limpo não é aplicado sem que antes seja feita uma análise de como ocorrerá sua incidência. Tal distinção é atribuída ao caráter *prima facie* dos princípios.

Esse caráter *prima facie* de que são dotados os princípios, de acordo com a lição de Virgílio Afonso da Silva, baseada na teoria dos princípios²¹³, constitui “o principal traço distintivo entre regras e princípios”²¹⁴. Segundo o autor, “no caso das *regras*, garantem-se direitos (ou impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”²¹⁵.

Devido a esse caráter, ainda segundo o autor,

não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente²¹⁶.

O afirmado pelo autor fica muito claro quando analisamos o exemplo dado pelo princípio do jogo limpo no futebol. O citado princípio, ainda que possua o intuito de garantir uma justa competição, não pode ser aplicado imediatamente, de maneira definitiva. É necessária uma análise para saber se de fato houve alguma afronta a ele. Por exemplo, aproveitando a situação exemplificada, imagine-se que a equipe “B” não devolveu a posse de

²¹³ Referente à teoria dos princípios, podem ser observados os estudos de Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério* – obra já citada, ver nota nº 2), Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais* – obra também já citada, ver nota nº 3) e, também, de Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos princípios*, publicada pela editora Malheiros, em São Paulo, no ano de 2004.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 45.

²¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 45.

bola para a equipe “A” porque o jogador desta equipe simulou uma contusão para atrasar o jogo. Nesse caso não há que se falar em violação do princípio.

Nesse sentido também leciona Alexy:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. (...) Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (...) O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas²¹⁷.

Nota-se que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão da valoração, do peso ou importância, como denomina Dworkin²¹⁸. Essa dimensão será de suma importância para a diferenciação da solução dos conflitos entre princípios.

b) Solução dos conflitos normativos

As relações jurídicas se tornam cada vez mais complexas com o passar do tempo (em decorrência de diversos fatores, como, por exemplo, a mudança das necessidades humanas, do avanço da tecnologia, aproxima as pessoas e cria cada vez mais novas relações jurídicas entre essas, entre outros). Junto com o avanço dessas relações jurídicas, criam-se novas normas e aperfeiçoam-se algumas já existentes, gerando um ordenamento jurídico complexo.

Em ordenamentos jurídicos complexos, com uma vasta gama normativa, inevitavelmente haverá colisões entre essas diversas normas, seja através da colisão entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios. Surgindo esses conflitos, a maneira de solucioná-los se dará de maneira distinta, em virtude das diferenças entre esses modelos normativos (regras e princípios).

De acordo com os ensinamentos de Dworkin²¹⁹, as regras não possuem a dimensão de peso ou importância, não podendo assim afirmar que uma regra, dentro do mesmo sistema, é mais ou menos importante do que a outra. Uma regra somente pode ser funcionalmente mais

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 104.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 42.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 43.

importante do que a outra, pode apenas desempenhar uma função mais importante, mas isso não faz com ela possua essa dimensão de peso, como possuem os princípios.

Um conflito entre regras não poderá ser resolvido através da análise de peso ou de importância, uma vez que falta essa dimensão a elas. A solução dos conflitos entre regras se dará no plano da validade, como ensina Dworkin:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes²²⁰.

A proposta apresentada por Dworkin aborda os seguintes critérios: hierarquia; temporalidade; especialidade; e embasamento principiológico.

De acordo com o critério da hierarquia, em caso de conflitos entre regras, deve-se observar qual delas foi promulgada por autoridade de grau superior. Tal critério, a depender do ordenamento jurídico em que se ocorra o conflito, não se mostra capaz de resolver o problema. Isso porque, em alguns países, como o Brasil, não há hierarquia entre os entes federativos na questão de promulgação de leis, mais sim repartições de competências legislativas através da Constituição Federal. Assim, o que pode ocorrer é algum ente federativo estar legislando em matéria reservada a outro ente, o que torna a regra, legislada por um ente incompetente, inválida. Outro critério hierárquico que poderia ser abordado seria a hierarquia entre leis, porém, não é objeto do presente estudo a análise sobre a existência ou não desta hierarquia legal.

De acordo com o critério da especialidade, a regra especial (específica) irá prevalecer sobre a geral. Em se tratando da existência de duas regras para uma mesma situação, sendo que uma delas atende especificamente àquele caso, a mais genérica será afastada no momento da aplicação, sendo considerada inválida para aquele determinado caso.

O critério da temporalidade, como a própria expressão sugere, está ligado ao tempo da promulgação da regra. De acordo com esse critério, caso existam duas regras regulando a mesma situação, porém, sendo uma promulgada posteriormente, a mais antiga será afastada no momento da aplicação, sendo considerada inválida para aquela determinada situação. Tal

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p. 43.

critério pode ser observado, por exemplo, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²²¹, mais precisamente no parágrafo 1º, de seu artigo 2º, vejamos:

Art. 2 – Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º – A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Por fim, Dworkin afirma que pode ser utilizado como critério para a solução dos conflitos entre regras o embasamento jurídico destas, preferindo-se àquela que é sustentada por princípios mais importantes. Nesse ponto, discordarmos da afirmação feita pelo autor, pois, a partir do momento que se passa a analisar os princípios basilares das regras colidentes, passa-se a existir um claro conflito entre princípios, preferindo-se àqueles mais importantes.

Prosseguindo com os conflitos entre regras, na mesma esteira que Dworkin, Virgílio Afonso da Silva ensina que a solução desses se dará no plano da validade. De acordo com o autor, “se duas regras prevêm consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida”²²².

Robert Alexy, além do plano da validade, também menciona a possibilidade de se resolver o conflito entre regras através da inserção de uma cláusula de exceção, em uma das regras, que elimine o conflito²²³. Para exemplificar a inserção de uma cláusula de exceção em uma regra retornarei ao exemplo da regra do impedimento.

De acordo com a regra do impedimento, um jogador de futebol estará em posição de impedimento se ele estiver mais próximo da linha do gol do que a bola e o penúltimo adversário. Porém, a própria regra do impedimento prevê situações em que não será observada, vejamos: “Não haverá infração de impedimento se um jogador receber a bola diretamente de: um tiro de meta, ou um arremesso lateral, ou um tiro de canto”²²⁴.

De acordo com a regra de exceção, caso a bola seja tocada ao jogador através de um tiro de meta, um arremesso lateral ou escanteio, ainda que o jogador esteja mais próximo da

²²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 23/02/2013.

²²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 45.

²²³ “Se esse tipo de solução não for possível (introdução de uma cláusula de exceção), pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. (...) o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. (...) não é possível que dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si sejam válidos”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 92.

²²⁴ Confederação Brasileira de Futebol – Regras do futebol 2012-2013. cit. p. 72.

linha do gol do que a bola e o penúltimo adversário, não será aplicada a regra do impedimento, não havendo infração.

Diferente ocorre com os princípios em caso de colisão. Como alertou Dworkin, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser levada em consideração na resolução dos conflitos entre princípios. Segundo Dworkin,

quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é²²⁵.

Partindo-se da teoria elaborada por Alexy, os princípios, por serem mandamentos de otimização, devem ser aplicados na maior medida possível, podendo, assim, serem satisfeitos em graus distintos, mas sempre em busca da maior efetividade em um caso concreto.

Uma vez ocorrida uma colisão entre princípios, a solução não se dará com a invalidação de um dos princípios, como se faz com as regras. A solução da colisão deverá ocorrer de modo em que se busque dar a maior efetividade possível aos princípios colidentes, levando-se em consideração a força relativa de cada um.

Essa análise de força dos princípios conflitantes consiste na verificação da possibilidade de aplicação de cada um deles no caso concreto, uma análise de em qual grau cada um dos princípios pode ser satisfeito dentro das necessidades e especificidades do conflito.

Com a análise da força relativa de cada princípio irá se chegar à conclusão de qual princípio prevalecerá naquele determinado conflito e qual terá que ceder.

Para realizar essa análise, Alexy propõe o sistema do sopesamento. O ponto principal desse sistema é “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”²²⁶. Dentro do próprio conflito estabelecido deve separar os princípios conflitantes e passar a ponderar seus valores de acordo com as necessidades do conflito.

Vale lembrar que nesse sopesamento não são analisados os critérios típicos dos conflitos entre regras, como o aspecto temporal ou o aspecto da especialidade, entre outros. Tais critérios não são usados, pois, no conflito entre princípios, o objetivo não é invalidar um

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. cit. p 42-43.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 95.

princípio ou afastar sua aplicabilidade de maneira abstrata. Um princípio mitigado em um caso concreto poderá ser perfeitamente utilizado paralelamente em outro, pois ele continua válido. Segundo Alexy, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”²²⁷.

Feito o sopesamento, irá se chegar à conclusão de qual princípio deverá prevalecer no caso, sem que o princípio que não prevaleceu seja afastado do ordenamento jurídico, sem que seja declarada sua invalidade, tal como ocorre no plano das regras, como ensina Alexy²²⁸:

É possível afirmar que a resolução do conflito entre os princípios se dará em função de uma precedência de um princípio sobre o outro²²⁹. Essa relação de precedência condicionada deve ser observada dentro de um caso concreto, pois, caso se entendesse por uma precedência condicionada de um determinado princípio de maneira abstrata, seria tal como aceitar um princípio absoluto, o que vai de encontro com o próprio conceito de princípio²³⁰.

Segundo Alexy, se houvesse um princípio absoluto, o mesmo funcionaria como regra e não um princípio. Isso porque ele não estaria sujeito a uma aplicação gradativa (aplicação na maior medida possível), mas sim na sua aplicação integral. Desse modo, não se enquadraria na discussão de conflito de princípios e do sopesamento, pois o princípio absoluto sempre iria prevalecer, assim, não há que se falar em conflito.

Após a realização do sopesamento e a definição do princípio preponderante no caso concreto, a solução dessa colisão irá originar uma regra específica que funcionará para casos semelhantes²³¹.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 95.

²²⁸ “Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. (...) nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 93 e 94.

²²⁹ Nesse sentido dita Alexy: “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 96.

²³⁰ Segundo Alexy, “no caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem favor de outros. Se existissem princípios absolutos, então a definição de princípios deve se modificada, pois se um princípio tem precedência a todos os outros em casos de colisão, (...), isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas fático. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 111.

²³¹ De acordo com Alexy, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Essa lei,

A grande diferença na solução dos conflitos entre princípios é a observância da ponderação da força de cada um dos princípios colidentes, através da observância do sopesamento, o que não ocorre no caso das regras.

Com isso, foram estudadas as soluções dos conflitos entre princípios e entre as regras, restando-nos situar os conflitos entre as liberdades dentro dessas espécies de conflitos, ou seja, tratam-se os conflitos entre as liberdades de conflitos entre regras ou entre princípios? Por mais que a resposta a esta altura do estudo pareça óbvia, ainda mostra-se necessária a análise de alguns pontos, como a aplicação da máxima da proporcionalidade na restrição de direitos, o que será feito no próximo tópico.

c) A máxima da proporcionalidade

O sopesamento, como estudado, é a técnica utilizada para a análise do peso, importância ou força entre os princípios colidentes em um caso concreto. Tal técnica não se confunde com a máxima da proporcionalidade, que é a técnica utilizada para a realização de restrições em direitos, sobretudo os direitos fundamentais.

A máxima da proporcionalidade é estruturada em três máximas parciais, a saber: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação seria a análise da aptidão dos meios utilizados para a solução do conflito. Deve ser feita uma análise dos objetivos da restrição que está a ser realizada em um dos princípios colidentes. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva alerta que,

quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de um direito fundamental²³².

O objetivo de uma restrição a um direito fundamental, garantido em um dos princípios colidentes, deve ser nobre, que, em regra, será a maior efetivação de outro direito fundamental. Tal situação, inclusive, já foi abordada, de maneira mais superficial,

que será chamada de 'lei de colisão', é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis". ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. cit. p. 99.

²³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 169-170.

anteriormente nesse estudo, quando afirmamos que a limitação da liberdade deve ser feita para garantir a própria liberdade.

A máxima parcial da necessidade consiste na análise da onerosidade que incidirá com a restrição imposta para a solução do conflito. Deve-se buscar o meio menos oneroso para a solução do conflito. A restrição ao princípio não preponderante naquele determinado conflito deve ser a mínima possível, até porque os princípios devem ser satisfeitos na maior medida possível. Por outro lado, também por se tratar de direitos fundamentais, a restrição deve ser a menor possível. São situações inversamente proporcionais: quanto menor a restrição, maior efetivação ao princípio.

O exame da necessidade é um exame comparativo, onde será analisada “(1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido”²³³. Virgílio Afonso da Silva resume bem o que se entende pela análise da necessidade em uma curta síntese, vejamos: “em geral, fala-se na necessidade como a busca do meio ‘menos gravoso’, o que pode dar a entender que se deva dar *sempre* preferência à medida que restrinja menos direitos”²³⁴.

Na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito haverá a necessidade de se recorrer à técnica do sopesamento, para que, assim, possa ser realizada a restrição em um direito. Para Virgílio Afonso da Silva²³⁵, a análise desta terceira máxima parcial justifica-se pelo fato de que, se somente fossem analisadas as duas primeiras, poderiam ocorrer situações em que uma medida restritiva fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas, em detrimento, restringisse vários outros direitos de forma muito intensa.

Esta última etapa da máxima da proporcionalidade consiste justamente com a aplicação do sopesamento de princípios colidentes e será mais facilmente compreendida através da análise de um exemplo concreto. Para tal análise utilizaremos a regra²³⁶ que determinou a alcoolemia zero para motoristas, também conhecida como lei seca.

A lei seca, para os fins aqui propostos, pode ser resumida através de dois artigos, a saber, artigos 165, *caput*, e 276, ambos do Código de Trânsito Brasileiro²³⁷. Tais dispositivos,

²³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 171.

²³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 171-172.

²³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. cit. p. 174.

²³⁶ BRASIL. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm#art1. Acesso em: 24/02/2013.

²³⁷ Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Art. 276 – Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165. In: BRASIL. *Código de Trânsito*

em suma, ditam que o motorista não pode conduzir veículo automotor se estiver com qualquer concentração de álcool no sangue, sob pena de incorrer em sanções administrativas e até criminais.

Começaremos pela análise da adequação da medida: proibir a condução de veículo automotor por pessoas que ingeriram bebidas alcoólicas atende os fins da medida (redução do número de acidentes)? Sim, uma vez que estudos já comprovaram que a ingestão de bebidas alcoólicas diminui o reflexo e o senso de direção dos condutores, assim, facilitando a ocorrência de acidentes. Desse modo, diminuindo os acidentes, diminuem-se também as mortes e os feridos.

Passemos à análise da necessidade da medida: dentre os meios igualmente eficazes para atingir o fim da medida, esta é a menos onerosa possível? Sim, levando-se em consideração que esta medida foi, inclusive, progressiva, pois, a medida se iniciou com a diminuição da concentração de álcool no sangue permitida, o que diminuiu, mas não muito, o número de acidentes. Assim, a solução necessária foi a proibição de qualquer concentração de álcool no sangue do condutor.

Através da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se medir a gravidade da proibição ou da permissão da concentração de álcool no sangue do motorista. No caso, já foram tentadas outras medidas para diminuição dos acidentes de trânsito, que não foram satisfatórias. Porém, por outro lado, há a liberdade da pessoa em ir e vir e consumir a bebida alcoólica, que não é proibida.

Deve-se ser feito o sopesamento entre as questões envolvidas: de um lado, a favor da lei seca, a vida, que é a principal questão protegida por esta lei, e, também, a liberdade dos demais motoristas e pedestres, que podem circular mais tranquilamente; e, de outro lado, a liberdade daqueles que se julgam capazes de beber e dirigir.

No caso, o que tem prevalecido é a vida, integridade física e liberdade dos sujeitos, através da proibição da condução de veículos automotores depois de ingerir bebidas alcoólicas.

É importante ressaltar que a realização da restrição de direitos pode ocorrer até mesmo antes da existência de um conflito exteriorizado, ainda no âmbito da criação das leis, de maneira abstrata e não através do exercício da jurisdição. Para explicar tal posição, pode ser utilizado como exemplo o princípio da supremacia do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público, de maneira sucinta, seria a sobreposição do interesse público sobre o privado. Se essa sobreposição ocorresse de maneira suprema (como sugere o nome do princípio), absoluta, não se trataria de princípio, mas sim regra.

O que na verdade ocorre é uma pré-ponderação de interesses, de princípios, através da máxima da proporcionalidade, feita pelo legislador.

Tal alegação pode ser claramente observada quando analisamos a questão da escuta telefônica ou da inviolabilidade de domicílio, situações em que o interesse privado sobressaiu ao interesse público.

Podemos, com isso, encerrar os estudos sobre a máxima da proporcionalidade, que, impreterivelmente, deve ser observada em casos de restrições dos direitos de liberdades.

d) A limitação da liberdade em conflitos concretos

Os direitos fundamentais, dos quais os direitos de liberdade são partes integrantes, são normas oriundas de um grande processo histórico, possuindo uma carga valorativa muito elevada. Levando-se em consideração que são os direitos básicos do homem, que servirão de base para a estruturação de todo ordenamento jurídico, é possível concluir que eles se enquadram na estrutura normativa característica dos princípios. Principalmente se levado em consideração o conceito de princípio apresentado por Reale, o qual relembramos:

[os] princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática²³⁸.

O enquadramento dos direitos fundamentais nas estruturas normativas dos princípios também pode ser observado com a análise das reflexões realizadas por Paulo Bonavides²³⁹, que conceitua princípio como as primeiras verdades, as premissas de todo um sistema.

Ao analisar as reflexões de Dworkin e Alexy, também é possível realizar o enquadramento dos direitos fundamentais como estruturas normativas em forma de princípio.

²³⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. cit. p. 286.

²³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. cit. p. 255- 257.

Isso porque não são aplicados a base do “tudo ou nada”, tal como as regras, podendo assim serem satisfeitos em graus distintos.

São, deste modo, inegavelmente estruturas normativas que possuem a forma de princípios. E, como princípios, os direitos de liberdade devem ser efetivados da melhor e maior possibilidade fática.

Caracterizados como princípios, os direitos fundamentais somente podem ser limitados através da aplicação da máxima da proporcionalidade e da observância do sopesamento, uma vez que deve sempre ser visada uma maior efetivação desses direitos.

Quando dois direitos fundamentais colidem, deverá ser feita uma análise das estruturas normativas em conflito com o intuito de se garantir uma maior efetividade dos direitos colidentes. Isso porque, por se tratarem de princípios, os direitos fundamentais podem ser satisfeitos em graus distintos.

A solução deste conflito não invalidará nenhum dos direitos fundamentais em conflito. O que poderá ocorrer, caso não seja possível garantir a efetividade de todos os princípios colidentes, é o afastamento de um dos direitos envolvidos naquele conflito concreto.

A não invalidação de nenhum direito fundamental em conflito é plenamente justificada por todo processo histórico da consagração desses direitos. Isso porque tudo o que foi historicamente conquistado não pode ser simplesmente suprimido. É preciso que seja realizado todo um processo de análise do caso concreto para que se possa justificar a supressão de um direito fundamental com o intuito de se efetivar outro mais relevante para o caso em questão. É neste ponto que deverá ser observada a proporcionalidade e o sopesamento.

Levando-se em consideração que os direitos de liberdade são direitos fundamentais, inclusive consagrados em ocasiões diferentes, todo o processo de limitação aplicado a esses direitos deve ser observado em relação aos de liberdade.

III – AS QUESTÕES RELIGIOSAS, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NEUTRALIDADE DO ESTADO

3.1 – A neutralidade do Estado quanto às questões religiosas

Um longo caminho foi percorrido para que os Estados e as confissões religiosas separassem os seus poderes, passando a caminhar cada um sem a interferência do e no poder do outro. Segundo ensina Luis Roberto Barroso²⁴⁰, tal fato ocorreu após a Paz de Westfalia, ainda que a efetiva liberdade religiosa somente tenha ocorrido após as Revoluções Liberais do século XVIII, como também ensina o próprio autor²⁴¹.

Conquistada a liberdade religiosa e passando o Estado a uma postura neutra quanto às confissões religiosas, fica garantido a todos o direito de pautar suas vidas de acordo com aquilo em que se acredita, dentro de certos limites. Resta aí configurada a neutralidade religiosa do Estado²⁴².

Alguns autores, em especial Jonatas Machado, defendem que a ideia de neutralidade religiosa do Estado é uma ideia paradoxal em si. Isso porque, segundo o autor, os valores afirmados pelo Estado Constitucional não são neutros axiologicamente²⁴³. Defendendo o alegado, o autor ensina:

²⁴⁰ “[C]om a Paz de Westfalia, em 1648, consolida-se o processo de separação entre o poder espiritual e o poder temporal – isto é, do Papado e dos Estados soberanos –, abrindo-se o caminho para uma maior tolerância religiosa”. BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da Recusa de transfusão de sangue por Tessemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/tessemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2013. p. 23

²⁴¹ “[A] conquista da liberdade religiosa somente se consumou com as revoluções liberais do século XVIII e a superação da máxima cuius régio, eius religio – o súdito segue a religião do rei, que vigorava na Europa absolutista”. BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da Recusa de transfusão de sangue por Tessemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. cit. p. 23

²⁴² “[A] neutralidade religiosa pretende impedir a instrumentalização do poder político pelos poderes religiosos e vice versa, ao mesmo tempo em que promove a autonomia das confissões religiosas e liberta o erário público de quaisquer encargos com a promoção da religião. Do mesmo modo, ela pretende salvaguardar a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, crentes e não crentes, colocando a escolha individual em matéria de visões de mundo, religiosas ou não, fora do alcance dos poderes coercitivos do Estado”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. cit. p. 24.

²⁴³ “[O] princípio da separação das confissões religiosas do Estado, com a sua exigência de neutralidade religiosa e ideológica, constitui um dos traços característicos do tipo do Estado Constitucional. No entanto, quando se ecrutina esse princípio, depressa se compreende a sua natureza paradoxal. Ao mesmo tempo que apregeoa a

Sem medo das palavras, podemos dizer que o Estado Constitucional repousa em pressuposições que só um Deus entendido como Ser racional, verdadeiro, justo, bom e onnipresente, nos termos da tradição judaico-cristã, é que tem condições de garantir em última instância. E Ele quem pode dar crédito, liquidez e plausibilidade às afirmações de valor do constitucionalismo moderno. Nos últimos anos, uma parte da doutrina, pela mão do *realismo jurídico teísta*, tem chamado a atenção para este aspecto com intensidade crescente²⁴⁴.

Em nossa visão, tal posicionamento do autor vai de encontro com o próprio conceito de liberdade religiosa. A liberdade religiosa pressupõe que o Estado Constitucional não se pautar em valores de um Deus de determinadas religiões, relegando às demais ao status de toleradas, em segundo plano²⁴⁵. Ao afirmar que o Estado Constitucional se baseia em valores de uma religião “x” ou “y”, se pressupõe que essas religiões são melhores e mais importantes que as demais²⁴⁶.

Os valores que afirmam o Estado Constitucional são oriundos da própria razão humana, pois, mesmo que não se acredite em deus algum, ou até mesmo que não exista deus algum, a pessoa não deixará de possuir seus valores inatos, mínimos, que sempre servirão de base para o Estado. Em nosso ponto de vista, o Estado Constitucional não pode se pautar por aquilo que se acredita existir, mas sim naquilo que é incontroverso, a dignidade humana.

A neutralidade do estado em relação às questões religiosas não se mostra paradoxal, pois se pauta nos valores humanos e garante a efetiva liberdade religiosa²⁴⁷, uma vez que não

neutralidade e a não identificação religiosa e ideológica, o Estado Constitucional avança com afirmações categóricas de valor que são tudo menos axiologicamente neutras”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. cit. p. 27.

²⁴⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. cit. p. 29.

²⁴⁵ Nesse sentido, Daniel Sarmiento ensina que “os que não pertencem à confissão religiosa favorecida recebem do Poder Público a mensagem subreptícia, dotada de forte carga excludente, de que as suas crenças são menos dignas de reconhecimento”. SARMENTO, Daniel. Artigo científico: O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *cit.*

²⁴⁶ Nesse sentido, podemos encontrar fundamento para nosso posicionamento nos seguintes ensinamentos de Bobbio: “Na medida em que garante, a todas as confissões, liberdade de religião e de culto, sem implantar em relação às mesmas nem estruturas de privilégios nem estruturas de controle, o Estado leigo não apenas salvaguarda a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso, mas, ao mesmo tempo, defende a autonomia das Igrejas em suas relações com o poder temporal, que não tem o direito de impor aos cidadãos profissão alguma de ortodoxia confessional. A reivindicação da laicidade do Estado não interessa, apenas, às correntes laicistas, mas, também, às confissões religiosas minoritárias que encontram, no Estado leigo, as garantias para o exercício da liberdade religiosa”. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 1. v. 11. ed. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 670.

²⁴⁷ Nesse sentido, dita Daniel Sarmiento: “O princípio do Estado laico pode ser diretamente relacionado a dois direitos fundamentais que gozam de máxima importância na escala dos valores constitucionais: liberdade de religião e igualdade. Em relação ao primeiro, a laicidade caracteriza-se como uma verdadeira garantia institucional da liberdade religiosa individual. Isto porque, a promiscuidade entre os poderes públicos e qualquer

se baseia em pressupostos de religião alguma. Além do mais, muitas das ideias religiosas, sejam judaico-cristãs, islâmicas ou outra qualquer, se pautam, ainda que implicitamente, em valores contrários aos valores que deve se pautar um Estado Constitucional.

A neutralidade estatal quanto às confissões religiosas exige o não compromisso do Estado com religião alguma e a não interferência deste nessas. Porém, de igual modo, como já brevemente citado, essa neutralidade exige a não interferência das confissões religiosas quanto às questões do Estado²⁴⁸. Essa combinação caracteriza a laicidade do Estado, que, segundo Norberto Bobbio, embora se utilizando do termo “laicismo”²⁴⁹, é resultado da “distinção entre Igreja docente e povo discente, isto é, entre o clero e o laicado”²⁵⁰.

No que tange a não interferência das confissões religiosas nas questões estatais é que podem surgir maiores problemas e conflitos. Isso porque, sob o argumento da liberdade de religião, as confissões religiosas passam a opinar sob questões estatais.

O exercício dessa liberdade religiosa encontra determinados limites, tanto limites predispostos quanto limites a serem impostos no caso concreto, que serão mais claramente abordados adiante.

credo religioso, por ela interdita, ao sinalizar o endosso estatal de doutrinas de fé, pode representar uma coerção, ainda que de caráter psicológico, sobre os que não professam aquela religião. (...) Por outro lado, a existência de uma relação direta entre o mandamento de laicidade do Estado e o princípio da igualdade é também inequívoca. Em uma sociedade pluralista como a brasileira, em que convivem pessoas das mais variadas crenças e afiliações religiosas, bem como indivíduos que não professam nenhum credo, a laicidade converte-se em instrumento indispensável para possibilitar o tratamento de todos com o mesmo respeito e consideração”. SARMENTO, Daniel. Artigo científico: *O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*. cit.

²⁴⁸ “A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros, etc. (...). Mas, do outro lado, a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária”. In: SARMENTO, Daniel. Artigo científico: *O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*. cit.

²⁴⁹ É importante ter a noção de que nos estudos atuais, não se confundem os termos “laicidade” e “laicismo”. A laicidade é caracterizada pela ingerência estatal nas questões religiosas e vice e versa, como abordado nos parágrafos acima. O laicismo, por sua vez, é laicismo é uma espécie de anti-religião, ou seja, adoção de uma postura hostil quanto no tangente às confissões religiosas, o que não é inerente ao Estado Constitucional Democrático. Sobre esta diferença conceitual, Jónatas Machado ensina que, “a primeira expressão [laicidade] pretende designar uma atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso nas suas diversas manifestações, nos termos da qual esses se abstém de tomar posição sobre o problema da verdade religiosa. A segunda [laicismo], como resulta do texto, designa uma verdadeira filosofia ou ideologia, no sentido da concepção global do mundo, da existência e da conduta moral”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa sociedade inclusiva*. cit. p. 306.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. cit. p. 670.

3.2 – As questões religiosas em meio às questões estatais e sociais

No diálogo político atual acerca de questões morais e normas jurídicas, como o caso do aborto de feto anencéfalo, obrigatoriedade ou não de tratamento médico, proibição do uso da burca, casamento e adoção entre homossexuais, entre outras, as confissões religiosas têm manifestado publicamente seus posicionamentos quanto a tais questões.

Deve-se questionar até que ponto essas manifestações são legitimadas pela liberdade religiosa e de expressão, quais os limites desses discursos e quais das bases argumentativas desses discursos são, dentro da doutrina dos direitos fundamentais, válidas. São questões que colocarão em conflito direitos fundamentais.

De acordo com Luiz Roberto Barroso, “a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana”²⁵¹, o que impõe ao Estado uma posição de neutralidade quanto às questões religiosas. Por outro lado, é dever também do Estado salvaguardar e proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos, como alerta também Barroso na mesma oportunidade.

É questionável se os argumentos religiosos sobre as mais diversas questões morais em debate são válidos. Isso porque, em sua grande maioria, tais argumentos são dotados de uma carga argumentativa que vai de encontro com toda história de consagração universal dos direitos fundamentais.

Para abordar nosso ponto de vista, faremos uma breve exposição sobre algumas questões em discussão na atualidade.

²⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da Recusa de transfusão de sangue por Tessemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. cit. p. 27.

a) O casamento entre pares homoafetivos

O Instituto Plínio Corrêa de Oliveira²⁵², tratando do casamento entre homossexuais, em 31 de março de 2011, divulgou em seu site um texto²⁵³ denominado *10 razões pelas quais o ‘casamento’ homossexual é prejudicial e deve ser combatido*²⁵⁴. Levando-se em consideração a doutrina dos direitos fundamentais, é possível notar que o texto, já em seu título, é dotado de uma carga valorativa negativa. Entre os argumentos utilizados há alguns saltam mais aos olhos e serão examinados abaixo.

O primeiro argumento trazido na “cartilha” é o fato de o casamento homossexual não poder ser considerado um casamento. Fundamentando tal afirmativa, o autor do texto argumenta que o casamento é uma aliança entre homem e mulher, ordenada à procriação e educação dos filhos, à unidade e bem-estar dos cônjuges. Segundo o autor do texto, a união entre pessoas do mesmo sexo nega as diferenças biológicas, fisiológicas e psicológicas entre homens e mulheres, que se complementam no casamento, negando também a perpetuação da raça, finalidade precípua do casamento.

Para afastar esse argumento, propomos uma reflexão acerca do conceito de liberdade construído no presente trabalho. Como estudado, a liberdade é um direito subjetivo que está intimamente ligado a autodeterminação do sujeito inserido na universalidade em que vive, onde o desenvolvimento de sua personalidade deve permitir o desenvolvimento da personalidade de seus pares. Com a observância desse conceito é possível perceber que o homem, para o desenvolvimento de sua personalidade, depende do convívio com seus pares. Isto nada mais é do que relações pessoais.

²⁵² O Instituto Plínio Corrêa de Oliveira é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, fundada em 8 de dezembro de 2006 em homenagem ao líder católico brasileiro Plínio Corrêa, advogado e professor universitário paulistano que foi Presidente da Junta Arquidiocesana da Ação Católica em São Paulo, segundo informações do site do próprio instituto. Disponível em <http://ipco.org.br/home/quem-somos>. Acesso em 28 de junho de 2013.

²⁵³ Disponível em <http://ipco.org.br/home/noticias/10-razoes-pelas-quais-o-casamento-homossexual-e-prejudicial-e-deve-ser-combatido>. Acesso em 28 de junho de 2013.

²⁵⁴ O texto disponibilizado pelo site é uma tradução do texto original em inglês (*10 Reasons Why Homosexual “Marriage” is Harmful and Must be Opposed*) de autoria da *TFP Student Action*, um movimento estudantil norte americano. Disponível em <http://www.tfpstudentaction.org/politically-incorrect/homosexuality/10-reasons-why-homosexual-marriage-is-harmful-and-must-be-opposed.html>. Acesso em 28 de junho de 2013.

O casamento nada mais é do que uma relação interpessoal de cunho íntimo. Embora não seja fundamental para o desenvolvimento da personalidade de uma pessoa, o casamento é um tipo de relacionamento pessoal que irá contribuir para esse desenvolvimento. De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, “o direito de personalidade tem a ver com a posição das pessoas humanas no direito, com a exigência da sua dignidade”²⁵⁵. A personalidade é a qualidade de ser pessoa.

Se o casamento é um tipo de relacionamento pessoal que irá contribuir para o desenvolvimento da personalidade e potencialidade da pessoa, ele irá contribuir para o desenvolvimento da pessoa como tal. Com isso, pouco importa se o homem irá escolher se relacionar com outro do mesmo sexo, de sexo distinto ou até mesmo não se relacionar intimamente com alguém. Cabe ao Estado assegurar o livre desenvolvimento da pessoa no âmbito de sua liberdade de escolha dentro da universalidade em que vive. O casamento, em nossa conclusão, não possui como finalidade a reprodução, mas sim a possibilidade de desenvolvimento da personalidade e potencialidade humana e, para tanto, é manifestamente essencial que se garanta ao sujeito a liberdade de escolha daquele que irá se relacionar, ao ponto que a liberdade está necessariamente e historicamente relacionada com a pessoa e com o livre desenvolvimento da personalidade desta.

Outro ponto importante a ser destacado é que, juridicamente, para introdução dessa norma religiosa (casar para se reproduzir) em um sistema de direitos, devem ser introduzidos argumentos moralmente e juridicamente válidos, o que não se observa aqui. E é nesse ponto que, facilmente, podem ser introduzidos argumentos morais e juridicamente válidos para se aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tais como os já mencionados acima.

Além dos argumentos morais e jurídicos mencionados acima, devemos também lembrar que permitir esse exercício de liberdade de escolha também consagra outro importante princípio, o da igualdade. Carlos Ayres Britto²⁵⁶, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, lembrou que “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”. O que Brito argumenta é o princípio da não discriminação, que veda o tratamento discriminatório ou

²⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 6.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 30/06/2013.

preconceituoso. Princípio esse que, juntamente com o princípio da igualdade, é consagrado em vários documentos internacionais²⁵⁷ e, também, na nossa Constituição²⁵⁸.

²⁵⁷ Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia: I - Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos: Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos: ARTIGO 2º, 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que esejam sujeito a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição. ARTIGO 20, 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência. ARTIGO 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A esse respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esseja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Artigo 24 - Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Convenção Européia de Direitos do Homem: Artigo 14º - O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença de uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação. Disponível em: <http://www.ccpj.pt/legisdata/LgConvencaoEuropeiadosDireitosdoHomem.htm>. Acesso em 30 de junho de 2013.

²⁵⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Os princípios da não discriminação, da igualdade e da liberdade fazem parte de um conjunto de direitos decorrentes da própria razão humana (inatos). São valores básicos pertencentes a todos os homens, servíveis como proteção contra a imposição dos poderes dos seguimentos sociais. São partes integrantes dos direitos fundamentais.

Permitir ao homem que escolha livremente como e com quem irá se relacionar é permitir que ele desenvolva sua personalidade, assim como todos os seus pares. É tratá-lo como é, igual.

As diferenças biológicas, fisiológicas e psicológicas entre os homens não são fatores de diferenciação entre si. Isso porque todos são dotados de igual razão humana. Assim, é importante ter a noção de que permitir o casamento entre casais homoafetivos não é medida para se propiciar uma igualdade, mas sim de se efetivar uma igualdade que nunca deixou de existir. Trata-se de respeito e consideração a todos os seres humanos, que possuem igual dignidade. A orientação sexual não pode ser tomado como fator diferenciador.

Outro argumento usado pela cartilha é o fato que, segundo seu autor, o casamento homossexual viola a Lei Natural, pois é uma relação enraizada na natureza humana, sendo que o ato sexual entre pessoas do mesmo sexo seria a defraudação da finalidade desse, que seria a procriação. Tal posicionamento não é favorável às Leis Naturais, pelo contrário, as viola.

A secularização do direito natural, com o surgimento de uma doutrina baseada no racional do homem, fez com que passassem a ser sustentadas teses de direitos inatos aos homens com o intuito de se opor à concepção de poder. Esses direitos inatos independem da vontade de qualquer entidade, seja ela estatal ou não. Isso porque, “o homem, habitante do estado de natureza, era portador de direitos em decorrência de sua condição de homem, ainda que lhe faltasse a devida segurança para o gozo pleno”²⁵⁹. São direitos naturais do homem.

Os direitos naturais do homem visam o desenvolvimento desse como tal, como já visto nas linhas acima. Com isso, a reflexão nesse ponto nos remete à realizada acima: como pode o casamento homoafetivo ser contrário a Lei Natural se ele é servível ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa que assim se identifica? A escolha pessoal nesse sentido é exatamente pautada nos direitos naturais de liberdade e igualdade. Não há contrariedade alguma. Há o exercício de direito natural.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

²⁵⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 22.

A alegação no sentido de que o casamento homoafetivo é contrário as Leis Naturais, em verdade, vai de encontro com a própria doutrina dos direitos naturais, enquanto direitos fundamentais. Isso porque, não só limita, injustificadamente, a liberdade, mas como também viola o princípio da não discriminação e da igualdade.

De acordo com nossas convicções, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é a plena garantia da liberdade individual, terreno esse que, não só o Estado, mas como também outras instituições, devem, ao máximo, abster de interferir. O reconhecimento do casamento entre pares homoafetivos também é importante fator de garantia da igualdade substancial inerentes a todos os homens.

Ademais, em decorrência da laicidade do Estado, com a ingerência desse nas questões religiosas e vice e versa, não cabe às religiões tentarem impedir o pleno exercício da liberdade e garantia da igualdade, princípios consagrados com o reconhecimento do direito de casamento entre homoafetivos.

Não pretendemos e nem defendemos nesse trabalho que as confissões religiosas passem a aceitar, obrigatoriamente, no âmbito de suas crenças o casamento entre os homoafetivos. Defendemos a exigência de respeito a todos os seres humanos a despeito de suas diferenças.

Para reforçar nosso ponto de vista façamos um exercício de raciocínio lógico: imaginem o quão absurdo seria o Estado obrigar a Igreja Católica²⁶⁰ celebrar cerimônia religiosa para consagrar a união entre pessoas do mesmo sexo. Não cabe ao Estado intervir no âmbito da religião nesse sentido. Porém, de igual modo, não pode a religião tentar impedir a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que se trata de questão estatal.

O direito do casamento entre pessoas do mesmo sexo representa o respeito e promoção da dignidade da pessoa humana. Isso porque consagra a liberdade individual e a igualdade. Sendo certo também que a abstinência de embaraços por parte das confissões religiosas decorre não só da observância dos princípios citados, mas como também da ingerência destas nas questões estatais.

²⁶⁰ A Igreja Católica aqui foi usada apenas como ilustração do exemplo, sendo servível de igual modo para qualquer religião que se posicione contrariamente a união homoafetiva.

b) Malala Yousafzai, o Talibã e a liberdade de ensino

Malala Yousafzai²⁶¹ é uma jovem paquistanesa que se tornou conhecida, a partir do ano de 2009, ao escrever em um diário relatando a crítica situação em sua cidade natal (Swat, Paquistão) para a rede de comunicação BBC. Sua fama ao redor do mundo deu-se também em decorrência de sua luta pelos direitos civis, em especial no tangente à educação das mulheres nas regiões comandadas pelo Talibã. Em decorrência de seu ativismo, passou a sofrer com as represálias do grupo que, em 2012, a atacou quando voltava da escola para a casa²⁶².

A luta de Malala Yousafzai é, em verdade, uma luta por liberdade e efetivação da igualdade, tal como no caso dos homoafetivos. A liberdade e a igualdade são, neste caso, limitadas pelos dogmas religiosos norteadores do Talibã.

A busca pela educação das mulheres viventes nas regiões comandadas pelo Talibã representa muito mais do que a busca pela efetivação da igualdade entre homens e mulheres e do exercício da liberdade de ensino. Representa muito mais do que o ato de frequentar a sala de aula.

Na liberdade de ensino, “entra em causa mais do que a palavra, ou o gesto, ou a figura, com que se exprime o que se pensa ou se sente; abrange atos que têm valor educativo”²⁶³. Representa a luta pela liberdade de pensamento, possibilitando o exercício de todas as demais liberdades, pois, como ensina Pontes de Miranda, “é pela liberdade da psique que começam as liberdades, se queremos considerá-las quanto à sua importância humana”²⁶⁴.

²⁶¹ Tais informações foram retiradas de seu blog, disponível em <http://www.malala-yousafzai.com/p/about-malala.html>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

E também em seu blog na BBC, disponível em <http://malalayousafzaibbcblog.blogspot.com.br>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

²⁶² O ataque do grupo Talibã à Malala foi destaque em vários meios de comunicações no mundo todo, possuindo repercussões ainda hoje. Sobre as notícias vinculadas, podem ser citadas como exemplos:

BAST, Elaine. Talibã tenta matar menina que denunciava proibição de escola para mulheres. *GLOBO.COM*. Nova York, EUA. Diário. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2012/10/taliba-tenta-matar-menina-que-denunciava-proibicao-de-escola-para-mulheres.html>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

PRESTON, Jennifer. Malala Yousafzai, girl shot by taliban, makes appeal at U.N. *The New York Times*. Nova York, EUA. Diário. Disponível em http://thelede.blogs.nytimes.com/2013/07/12/video-of-malala-yousafzai-at-u-n-calling-on-world-leaders-to-provide-education-to-every-child/?_r=0. Acesso em 03 de setembro de 2013.

²⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. cit. p. 471.

²⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. cit. p. 428.

A educação irá figurar como um facilitador da liberdade de pensamento, pois é através dela que serão ampliados os horizontes, permitindo o desenvolvimento de um pensamento crítico, ampliando e desenvolvendo a capacidade racional dos homens, característica diferenciadora desses em relação aos demais seres vivos.

Com o pensamento crítico, as mulheres que vivem nessas regiões dominadas por um governo autoritário passarão a possuir condições de questionar tudo aquilo que a elas são imputados²⁶⁵.

A limitação da liberdade de ensino pelo Talibã representa uma maneira de controle de parte da sociedade. O comando autoritário desse grupo encontra na restrição do ensino às mulheres uma maneira de estagnar o pensamento dessas, que possuirão poucos argumentos para contestar o seu poder. Sem acesso ao ensino e com a estagnação do pensamento crítico, a maioria das mulheres submetidas ao comando do Talibã não encontra outra maneira a não ser acatar tudo que as forem imposto. Isso porque há uma clara limitação do desenvolvimento da personalidade dessas mulheres, ao livre desenvolvimento da pessoa como tal.

A luta de Malala Yousafzai representa a busca da liberdade das mulheres que vivem nas regiões dominadas pelo Talibã, para que essas mulheres possam desenvolver livremente suas personalidades de acordo com suas convicções e não de acordo com aquelas que lhes são impostas. Somente após desta conquista da liberdade é que poderá realmente buscar a efetivação da igualdade para essas mulheres. Enquanto houver o desrespeito a liberdade das mulheres que vivem sob os mandos do Talibã, haverá o desrespeito ao direito de igualdade.

É importante ressaltar que a luta de Malala Yousafzai não é pela igualdade substancial entre homens e mulheres, pois essas são iguais independentes de o Talibã assim as tratar ou não. A luta de Malala Yousafzai é pela a efetivação da igualdade existente entre homens e mulheres, seres dotados de racionalidade.

A busca nesse ponto é pela efetivação daquelas igualdades já consagradas com o estado liberal (igualdade formal), no estado social (igualdade material) e até mesmo da dimensão da igualdade que está em pleno desenvolvimento, a igualdade como reconhecimento²⁶⁶.

²⁶⁵ Nesse sentido, relembremos os ensinamentos de John Stuart Mill, já abordado anteriormente nesse trabalho: “o significado mesmo da doutrina estará em perigo de se perder, de se debilitar, de se privar do seu efeito vital sobre o caráter e a sua conduta: o dogma se tornará uma mera profissão formal, ineficaz para o bem, mas a estorvar o terreno e a impedir o surgimento de qualquer convicção efetiva e profunda, vinda da razão ou da experiência pessoal”. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. cit. p. 98.

²⁶⁶ As dimensões da igualdade já foram estudadas no item 1.2 do capítulo I desta dissertação.

O regime do Talibã dispensa às mulheres tratamento diferenciado ao despendido aos homens, as impondo rígidas regras no tangente ao ensino, as impedindo de saírem de casa desacompanhada de seus maridos, impossibilitando o acesso a hospitais, as forçando a sair pela porta de trás dos ônibus. Enfim, as subjugando totalmente em relação ao homem. E tudo isso sob fundamentos religiosos islâmicos, que partem do pressuposto de que o homem é superior à mulher, estando esta sujeita aos seus maridos²⁶⁷.

Sob tais aspectos as mulheres não possuem condições de desenvolver suas potencialidades. Isso porque a elas não são dadas oportunidades de manifestações, nem mesmo a possibilidade de pensarem criticamente, uma vez que até mesmo o ensino lhes é negado, pelo menos da mesma maneira que é disponibilizado aos homens.

Em nossa concepção, o que ocorre nas regiões dominadas pelo Talibã é inobservância do processo histórico de consagração dos direitos fundamentais, impedindo, assim, a configuração de uma sociedade efetivamente livre e igual. Isso porque uma sociedade só pode ser considerada livre se todos são igualmente livres²⁶⁸.

Note-se aqui que, como acontece no caso do casamento entre pares homoafetivos, os argumentos religiosos vão de encontro com a doutrina dos direitos fundamentais e, além disso, não observa todo o processo de formação dessa doutrina. Os argumentos religiosos utilizados pelo Talibã são dotados de desigualdade e sujeição.

c) Escolha da religião e exercício de liberdade

Os liberais clássicos poderiam alegar que a escolha da religião é uma decorrência lógica da liberdade religiosa. Nesta linha de raciocínio, a sujeição aos dogmas religiosos não

²⁶⁷ Essa afirmação pode ser notada na Sura 2:228 do Alcorão: “228. E que as divorciadas aguardem, elas mesmas, antes de novo casamento, três períodos menstruais, e não lhes é lícito ocultarem o que Allah criou em suas matrizes, se elas crêem em Allah e em Derradeiro Dia. E, nesse ínterim, seus maridos têm prioridade em tê-las de volta, se desejarem reconciliação. E elas têm direitos iguais às suas obrigações, convenientemente. E há para os homens um degrau acima delas. E Allah é Todo-Poderoso, Sábio”. SURA 2:228. In HELMI NASR. *Tradução do sentido do nobre Alcorão para a língua portuguesa*. Medina, Arábia Saudita: Complexo do Rei Fahd, 2005. p. 61-62.

Outra passagem que se pode observar o afirmado é na Sura 2:231: “E, quando vos divorciardes das mulheres e a elas atingirem seu prazo de espera, retende-as, convenientemente, ou libertai-as, convenientemente. (...)”. SURA 2:231. In HELMI NASR. *Tradução do sentido do nobre Alcorão para a língua portuguesa*. Cit. p. 63.

Note-se o poder do homem sobre a mulher, tratada quase como uma coisa.

²⁶⁸ Ver nota de rodapé 153.

representaria nada mais do que o efetivo exercício da liberdade individual de escolha. Porém, relutamos em concordar com tal fundamento, por mais de um motivo.

Inicialmente, é importante lembrar que o conceito de liberdade. Ela é um direito subjetivo intimamente ligado a autodeterminação do sujeito, inserido na universalidade em que vive, onde o livre desenvolvimento de sua personalidade deve permitir o livre desenvolvimento da personalidade de seus pares.

Em análise conjunta do argumento de liberdade de escolha à sujeição aos dogmas religiosos e do conceito de liberdade apresentado acima, podemos encontrar algumas incompatibilidades.

A liberdade, como estudado, é o direito subjetivo ligado a autodeterminação do indivíduo inserido na universalidade em que vive. Desse modo, não é possível observar essa autodeterminação quando se há sujeição e desigualdade, constantemente presentes nos argumentos religiosos.

Segundo nosso entendimento, não há que se falar em autodeterminação quando se observa sujeição e desigualdade, porque, uma vez que o homem se sujeita a algo que subtrai a possibilidade de desenvolver sua personalidade, ele passa a não mais agir de maneira autônoma. Essa sujeição é mais evidente quando a alegada escolha é imposta, ainda que de maneira velada, ou induzida.

Em sociedades não democráticas, como a que viveu Malala Yousafzai, não é conferido ao cidadão o real exercício da liberdade de escolha. Em verdade, não há o exercício efetivo da liberdade. Nessas sociedades e, principalmente, em Estados não laicos o real exercício de liberdade de escolha inexistente, inexistindo também a liberdade de pensamento²⁶⁹. No caso de Malala Yousafzai, sua busca pelo exercício da liberdade e efetivação da igualdade quase lhe custou a vida.

Nesses casos, a inexistência de escolha quanto à sujeição aos dogmas religiosos é decorrência lógica da inexistência de efetiva liberdade. Isso porque faltam aos homens o principal aspecto das liberdades, a liberdade de pensamento e livre expressão do pensamento.

A inobservância da liberdade de pensamento é caracterizada pela impossibilidade de expansão do ensino para fora dos limites da religião. Tudo aquilo que é contrário aos dogmas

²⁶⁹ Isso levando em consideração que a liberdade de pensamento consiste em permitir ao homem a livre escolha e formação de suas convicções. Segundo Jean Rivero e Hugues Moutouh, “a liberdade de pensamento mostra-se, por conseguinte, a possibilidade que o homem tem de escolher ou de elaborar por si só as respostas que pretende dar a todas as questões que lhe são apresentadas pela conduta de sua vida pessoa e social, de pautar por essas respostas suas atitudes e seus atos e de transmitir aos outros o que considera verdadeiro”. MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. cit. p. 501.

religiosos são imprestáveis. Isso não só limita o desenvolvimento do racional humano, mas como também se mostra prejudicial aos homens. Nesse sentido é importante trazer novamente os ensinamentos de John Stuart Mill:

O mal específico de impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano; a posteridade tanto quanto as gerações presentes; aqueles que dissentem a opinião ainda mais aqueles que a sustentam. Se a opinião é certa, aquele foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que consiste um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, pela sua colisão com o erro²⁷⁰.

A não possibilidade de se expandir os horizontes além dos limites impostos pela religião vai de encontro com o próprio homem, ser racional, capaz de aprender com os erros, os corrigir e ensinar. Ao manter os dogmas religiosos fechados, fecham-se também as portas para o desenvolvimento do homem, prejudicando, também, as gerações futuras. Para Pontes de Miranda, “a experiência humana prova, de sobejo, que o progresso constituiu mais em se corrigir o ensinado, o recebido, do que em conservá-lo”²⁷¹.

Sendo negada ao homem a liberdade de pensamento nega-se, por conseguinte, a liberdade de escolha e até mesmo as demais liberdades²⁷², o que inviabiliza o argumento de sujeição espontânea aos dogmas religiosos.

Já em Estados democráticos, a imposição aos dogmas religiosos não parte de um governo arbitrário, mas de uma imposição familiar e social. As sanções nesses casos consistem em sanções sociais. A não aderência aos dogmas religiosos pode ocasionar um exílio social.

Nesses casos, também é importante lembrar outro aspecto do conceito de liberdade. A liberdade é um direito fundamental ligado a autodeterminação do indivíduo inserido na universalidade em que vive. Não é um direito a ser exercido na individualidade, com a limitação em seu próprio arbítrio, conforme concebida por Kant. A liberdade deve ser compreendida no sentido de autodeterminação com sentido de autonomia reconhecida no outro e pelo outro²⁷³. Nessa concepção, a liberdade de sujeição, se assim podemos denominar,

²⁷⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. cit. p. 44.

²⁷¹ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. cit. p. 453.

²⁷² Isso porque, como já estudado em mais de uma ocasião nesse trabalho, a liberdade de pensamento e de livre expressão desse iniciará as demais liberdades. Segundo Pontes de Miranda, “é pela liberdade da psique que começam as liberdades, se queremos considerá-las quanto à sua importância humana. Se não se pode pensar e julgar com liberdade, que se há de entender por liberdade de ir, ficar e vir, de fazer e não fazer?” MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. cit. p. 428.

²⁷³ RAMOS, Marcelo Maciel. *A liberdade no pensamento de Hegel*, cit., p. 150.

encontra limites a serem impostos no exercício das liberdades. Ser livre não significa fazer o que bem entender e como bem entender.

A liberdade é decorrência de um processo de consagração e formação ao longo da história, não podendo ser simplesmente suprimida sem ser observada a efetivação de outro direito fundamental.

Para a sujeição aos dogmas religiosos deve se possibilitar o efetivo exercício da liberdade. A experiência humana prova que a simples previsão de liberdade não é suficiente para a sua efetivação. Foram necessárias consagrações de outros aspectos da liberdade (liberdade material e liberdade como reconhecimento) para a garantia do aspecto clássico dessa e, também, da igualdade.

Sem os devidos meios de garantia da liberdade, esta foi privilégio de uma minoria, permanecendo uma maioria relegada à desigualdade e a sujeição.

De igual modo acontece em relação aos dogmas das religiões. Sem garantir uma real liberdade de escolha quanto às questões religiosas, não há que se falar em liberdade de escolha.

De fato, não há como negar que nos Estados democráticos torna-se mais efetiva a liberdade de escolha do cidadão, mas, de igual modo não há como negar as consequências sociais que podem ser originadas dessa escolha.

Apresentamos nesse capítulo algumas discussões, em caráter exemplificativo, de questões atuais que, em nossa concepção, coloca em cheque alguns fundamentos religiosos quando comparados aos direitos fundamentais, sobretudo a igualdade e a liberdade.

Algumas dessas discussões são novas, como o caso do casamento entre pares homoafetivos, que causam estranheza ao mundo religioso, que ainda não se adaptou, como ocorreu com outras questões. Se perguntássemos aos religiosos, há cem anos, se as mulheres poderiam morar sozinhas, votar ou até mesmo trabalharem, muitos diriam que não, sob praticamente os mesmos argumentos utilizados contra o casamento homossexual. Houve tempos que a Igreja aceitava a escravidão dos negros, também sob os mesmos argumentos da Lei Natural.

Neste longo processo de afirmação dos direitos fundamentais, foi as instituições religiosas que se quedaram ao reconhecimento desses a todos e, não, a adaptação desses direitos às questões religiosas. Trata-se de efetiva consagração dos direitos inerentes à condição humana, que deve ser sempre respeitada.

3.3 – Um conflito entre princípios: A liberdade de crença e os direitos fundamentais

Os argumentos religiosos utilizados para fundamentar suas convicções, em nossa percepção, são contrários ao que dispõe a doutrina dos direitos fundamentais.

Há um claro conflito entre a liberdade de crença, que engloba a liberdade religiosa, em conjunto com a liberdade de expressão religiosa, e os demais direitos fundamentais. Trata-se de conflito entre direitos fundamentais e, conseqüentemente, entre princípios.

A solução desse conflito deverá observar a proporcionalidade e razoabilidade, analisando a valoração dos princípios colidentes. Essa análise não precisa ser realizada necessariamente no conflito concreto. Pode ser feita, também, ainda na discussão no plano abstrato. Não é necessário que o conflito deságue em um processo judicial para que seja realizada a análise da valoração dos princípios colidentes. Pode o legislativo assumir essa postura ao editar suas leis.

No caso em questão, o conflito seria na argumentação religiosa contra a edição de leis que visam a maior efetividade dos direitos fundamentais, como no caso do casamento entre homoafetivos, a proibição do uso da burca em lugares públicos, entre outros.

Nessas questões o que deve ser analisado não deve nem mesmo ser o argumento religioso em si, em conflito com os direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de uso desses frente aos direitos fundamentais. Estaria a liberdade de expressão da crença em contraposição aos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade?

Por se tratar de conflito principiológico, não nos basta aqui apenas sobrepor um direito ao outro, porquanto os direitos aqui envolvidos, não só podem, mas como devem ser satisfeitos em uma maior medida possível. Busca-se aqui uma solução em que se possa viabilizar, da melhor e melhor maneira possível, a liberdade de crença, e seus corolários, e a liberdade e a igualdade.

No caso do casamento entre pares homoafetivos, temos, de um lado, a liberdade de se escolher como e com quem irá desenvolver sua personalidade e potencialidades, e a garantia da igualdade vocacional existente entre todos os homens, dotados de igual razão. A orientação sexual não é fator que desigualava as pessoas. É questão que integra a própria identidade pessoal. Por tal motivo, nesses casos, não se busca o direito da igualdade, tendo em vista

que este decorre da razão humana, mas sim a garantia dessa igualdade substancial existente entre todos os homens enquanto seres racionais.

De outro lado temos a liberdade de crença e da livre expressão da crença, constituída na livre divulgação dos dogmas da religião.

Dando a maior efetividade à liberdade de crença, não podemos impedir que, no âmbito de seus cultos ou em propagandas desses, haja o posicionamento contrário ao casamento entre homossexuais. De igual modo, não podemos impedir que tais argumentos sejam levantados em discussões no âmbito do Estado, desde que dotados de mínima carga jurídica. Isso porque a restrição a esse direito fundamental deve-se para a garantia de maior efetividade de outros direitos fundamentais. Vejamos.

Realizando a análise da adequação da medida de reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tem-se que tal medida permite o exercício, da melhor maneira possível, da liberdade, em seu sentido mais amplo, e garante a igualdade aos homossexuais.

Isso porque, ao reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, reconhece-se a liberdade de desenvolvimento da personalidade dos que assim se identificam. Como mencionado, embora o casamento não seja fundamental para esse desenvolvimento, ele possibilita um relacionamento interpessoal que irá auxiliar no processo de aperfeiçoamento da pessoa como tal. É da natureza humana se relacionar, sendo imprescindível que esse relacionamento seja com pares que possam agregar ao processo de formação pessoal.

Não é importante como e com quem será esse relacionamento, nem mesmo se haverá esse relacionamento. Cabe às instituições, públicas ou privadas, se absterem de embaraçar o livre desenvolvimento da pessoa no âmbito de sua liberdade de escolha dentro da universalidade em que vive.

Essa garantia da liberdade para os casais homoafetivos deve ser observada em respeito à igualdade vocacional existente a todos os homens enquanto tais.

Entre as medidas possíveis, a liberação do casamento entre homossexuais é a mais eficaz para atingir uma maior efetividade da liberdade e igualdade, sendo medida necessária. Isso porque, permitir aos homossexuais somente a união estável seria demonstrar, ainda que de maneira velada, o preconceito. Não somente pelo fato de institucionalmente existir diferenças entre o casamento e a união estável, mas como também pelo fato de ser discriminatório determinar um instituto próprio para os homossexuais.

Por fim, deve-se analisar se a gravidade da restrição do argumento religioso na questão do casamento entre casais homoafetivo em detrimento da consagração da liberdade e garantia

da liberdade desses casais. Nesse ponto é que irá realizar a valoração dos princípios colidentes e o sopesamento entre esses valores.

De um lado figura o princípio da liberdade, em seu sentido mais amplo, e o princípio da igualdade, enquanto, de outro, figura a liberdade de crença e suas liberdades decorrentes. A liberdade de crença possui grande valor para a consagração histórica dos direitos fundamentais. A garantia de uma liberdade religiosa possibilitou ao homem o desfrute das demais liberdades, pois, ao garantir o homem o direito de se desvincular da unicidade religiosa, permitiu o livre desenvolvimento do seu pensamento.

Porém, essa mesma liberdade, quando analisada em conjunto com a liberdade, em sentido amplo, e com a igualdade garantida aos homossexuais, figura como fator de estagnação e restrição aos direitos que ela mesma possibilitou a efetivação. A sua limitação, nesses casos, mostra-se necessária, inclusive, em respeito aos preceitos decorrentes da própria liberdade religiosa.

Em se tratando de um Estado Democrático, sobretudo laico, deve sempre se buscar a efetiva liberdade e igualdade de todos, na melhor e maior maneira possível, independentemente de se tratarem de maiorias ou minorias.

A liberdade religiosa, nesses casos, figura como um obstáculo para a consagração de dois dos princípios basilares dos direitos fundamentais. O prejuízo em restringi-la é menor do que restringir a liberdade e a igualdade que detêm os homossexuais e as mulheres, enquanto humanos, dotados de racionalidade e potencialidade de se desenvolverem enquanto iguais.

Essa análise da proporcionalidade e razoabilidade serve para as demais discussões, sendo que a limitação da liberdade religiosa nesses casos é decorrência desse processo de análise dos princípios envolvidos e, também, da natural parcela de limitação que deve ser imposta às pessoas e instituições que vivem no âmbito do Estado²⁷⁴. Isso porque, como já estudado, a ideia de liberdade ilimitada já fora superada.

²⁷⁴ Nesse sentido, ver Rousseau: “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores. p. 30-31.

CONCLUSÃO

Para a garantia dos direitos fundamentais tal como hoje são concebidos, foi necessário que se observasse um longo e árduo processo de formação e consagração desses direitos. Ao longo de todo esse processo o homem figurou com o objeto central desses direitos, possuindo como finalidade a efetivação de direitos básicos inerentes a todo homem em decorrência de sua razão humana. Direitos esses construídos, principalmente, a partir da liberdade e da igualdade.

Os direitos de liberdade e de igualdade são a pedra de toque nesse processo histórico da consagração dos direitos fundamentais, figurando como princípios fundantes da doutrina dos direitos fundamentais. Levando-se em consideração que esses direitos norteiam todo nosso ordenamento jurídico, é possível afirmar que os direitos de liberdade e igualdade, enquanto atores principais dos direitos fundamentais, devem ser os princípios a serem efetivados e consagrados nesse ordenamento jurídico.

Cabe ao Estado, enquanto organizador do ordenamento jurídico, zelar e garantir a liberdade e a igualdade substancial a todos os indivíduos. Nesse processo de garantia e zelo, o Estado deve não só se abster, ao máximo, de praticar atos invasivos e limitadores de tais direitos, mas como, também, impedir que qualquer outra instituição assim proceda. Deve garantir a efetivação da maior e melhor maneira possível esses direitos.

Essa garantia da maior e melhor maneira possível ocorre pelo fato dos direitos de liberdade e de igualdade consistirem em estruturas normativas caracterizadas como princípios, podendo assim serem satisfeitos em graus distintos. Essa efetivação em diferentes graus será importante quando ocorrer conflitos entre esses direitos fundamentais. Conflitos esses que certamente ocorrerão, uma vez que esses direitos figuram como importantes meios de limitação, legítima, deles próprios. Sobretudo no que tange ao direito de liberdade.

Essa limitação dos direitos de liberdade na própria liberdade decorre do próprio conceito de liberdade. A liberdade deve ser observada como um direito subjetivo intimamente ligado à autodeterminação do sujeito inserido na universalidade em que vive. Permitindo o livre desenvolvimento de sua personalidade sem impedir o livre desenvolvimento da personalidade de seus pares e, para tanto, a liberdade deve ser limitada.

Em meio aos possíveis conflitos entre direitos fundamentais, o conflito entre a liberdade religiosa (e seus princípios corolários) e a liberdade (em sentido amplo) e a igualdade figura como um dos mais importantes conflitos da atualidade.

O discurso religioso, por diversas e diferentes oportunidades, guarda em si um fundo preconceituoso que subjuga determinada parcela da sociedade em detrimento de outra parcela, maior ou menor, a depender do caso concreto. Como exemplo, podemos citar o cristianismo, que, por muito tempo, usou seus preceitos para proteger uma minoria detentora do poder social e econômico. Em outras ocasiões, utilizou-se, e ainda utiliza-se, desses mesmos preceitos para proteger uma maioria que busca suprimir uma minoria que, cada vez mais, busca mais a garantia de seus direitos de igualdade e liberdade.

Esse conflito entre os direitos de liberdade e igualdade e os direitos de liberdade religiosa deve ser resolvido de maneira a se possibilitar a maior e melhor efetividade possível dos princípios colidentes. Isso porque são direitos fundamentais em conflito. Direitos dotados de grande valoração e importância para a formação humana.

O discurso religioso está amparado por direitos fundamentais consubstanciados, principalmente, nos direitos de liberdade religiosa, de expressão do pensamento religioso e seus corolários, devendo o Estado se manter em posição de neutralidade. De outro lado, a religião deve, de igual modo, se manter neutra quanto as questões estatais.

Em se tratando de uma sociedade livre, democrática e laica, o Estado, em princípio, deve manter uma postura negativa em relação à religião, no sentido de não interferência, e, também, uma posição ativa, no sentido de proteger a garantia da liberdade religiosa de todos os cidadãos. Isso inviabiliza a solução deste conflito com a simples subtração de um dos princípios colidentes.

Para solucionar esse conflito, é necessário um estudo de hermenêutica para a busca de uma resolução mais justa do conflito, para que não se transforme o estudo em um discurso de ódio religioso.

A liberdade religiosa, assim como os demais direitos fundamentais, é de suma importância na luta do homem contra a exploração e segregação que lhe era imposta pelo poderio estatal ou de qualquer outro seguimento da sociedade. Porém, esse direito não pode ser exercido ao ponto de explorar e segregar uma determinada parcela da sociedade. Isso figura como libertação de um poder e sujeição a outro.

O discurso religioso, pautado na liberdade religiosa e na liberdade de expressão da religião, não pode ser usado para reprimir e marginalizar quem quer que seja. Isso porque,

quando o analisamos em conjunto com os demais direitos fundamentais, parte de seus fundamentos possuirão uma carga valorativa menor que os outros princípios em questão.

Essa análise de valoração entre os princípios colidentes deve ser feita para uma melhor e mais efetiva garantia dos direitos fundamentais que figuram na colisão.

Nos casos atuais, como o casamento e adoção entre pares homoafetivos e de sujeição aos dogmas religiosos, a liberdade religiosa deve ser limitada pelo fato de representar um freio no desenvolvimento da personalidade e potencialidade dos homens. Isso porque não respeita a liberdade individual de uma parcela da sociedade, impedindo, assim, a garantia da igualdade substancial inerentes a todos os homens.

Não estamos propondo que as instituições religiosas sejam obrigadas a aceitar dentro dos seus limites situações que são contra. Isso violaria a postura negativa do Estado. Mas não podemos aceitar que os preceitos religiosos ilegítimos façam parte dos assuntos Estatais, pois, de igual modo, isso violaria a postura negativa das Religiões frente ao Estado.

Todo discurso religioso que impeça a promoção da liberdade e da igualdade deve ser evitado quando da análise de assuntos inerentes à sociedade e ao Estado. Ele deve ser respeitado, mas deve ser afastado. A liberdade de religião e liberdade de expressão religiosa desta deve ser limitada nesses casos, pois estariam indo de encontro com os demais direitos fundamentais.

O homem lutou por diversos anos para a conquista de seus direitos de liberdade e de igualdade. Luta esta que se mostra e sempre se mostrará inacabada, pois, os vieses desses direitos são os mais variados possíveis.

O valor histórico e importância que os direitos de igualdade e liberdade possuem para os homens são a pedra de toque para o desenvolvimento desses.

Ainda que a liberdade religiosa seja importante para os homens, ela deve ser limitada e afastada das questões estatais quando contrárias não só aos direitos de igualdade e liberdade. Isso em respeito à toda a consagração histórica desses direitos.

Portanto, é preciso estar atento para o fato que muitos desses pressupostos religiosos são contrários aos próprios direitos fundamentais. Na medida em que eles se pautam em argumentos discriminatórios e de sujeição do outro, eles não devem participar das decisões estatais quanto aos direitos de seus cidadãos. Não se proclama aqui o fim da religião ou a imposição de uma modificação em sua doutrina, mas sim a necessidade de impedir a incidência de uma doutrina discriminatória e contrária a liberdade de integrar os discursos políticos e jurídicos de um Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. trad. Luís Afonso Heck. in: *Revista de direito administrativo*. Renovar, Rio de Janeiro, v. 1, n. 217, p. 55-66, jul.–set., 1999.

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas: Um contributo à teoria geral do Direito e do Estado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG / Movimento Editorial, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 23 de abril de 2013.

_____, Luis 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 27 de junho de 13.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In_____, Isaiah Sir. Estudos sobre a humanidade. Uma antologia de ensaios. trad. Rosaura Eichenberg. p. 226-272. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 1. v. 11. ed. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____, Norberto. Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Trad. Loura Silveira. In: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf (acesso em 25/04/2013).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Edição estabelecida por Michel Senellart; sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana; trad. Eduardo Brandão; rev. trad. Claudia Berliner. São Paulo. Martins Fontes. 2008.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. de 2001. Disponível em < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em 23/04/2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELMI NASR. *Tradução do sentido do nobre Alcorão para a língua portuguesa*. Medina, Arábia Saudita: Complexo do Rei Fahd, 2005.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Fundamental. In: _____. *Aurélio 7 – Nova ortografia edição: 100 anos, Versão 7.0.2011*. [s.l.]: Positivo, 2011. CD ROM.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Introdução de J. W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa sociedade inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur leitor de Kant. Direito. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 10, n. 20. p. 129-154, Seg. Sem/2007.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução, introdução e notas de Pedro Madeira. Revisão de Desidério Murcho. Lisboa: Edições 70, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. 1. ed. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PLATÃO. *Diálogos: eutífron ou da religiosidade, apologia de Sócrates, críton ou do dever, Fédon ou da alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1990.

RAMOS, Marcelo Maciel. *A Invenção do Direito pelo Ocidente - Uma Investigação face à Experiência Normativa da China*. 2010. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2010.

_____, Marcelo Maciel. A liberdade no pensamento de Hegel. In: *Hegel, liberdade e estado*. Coordenação de Joaquim Carlos Salgado e José Luiz Borges Horta. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 139-152.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. n.131, p. 283-295, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Artigo científico: O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. Maio de 2007. Disponível em <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em 27 de junho de 2013.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. Direito. In: _____. *Vocabulário jurídico*. atualização: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria de estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

_____. *Código de Trânsito Brasileiro*. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em 24 de fevereiro de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 23 de fevereiro de 2013.

_____. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm#art1. Acesso em: 24 de fevereiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 30 de junho de 2013.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL – *Regras do futebol 2012-2013*. Disponível em <http://www.apitonacional.com.br/documentos/regras2013.pdf>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Convenção Européia de Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ccpj.pt/legisdata/LgConvencaoEuropeiadosDireitosdoHomem.htm>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

BAST, Elaine. Talibã tenta matar menina que denunciava proibição de escola para mulheres. *GLOBO.COM*. Nova York, EUA. Diário. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2012/10/taliba-tenta-matar-menina-que-denunciava-proibicao-de-escola-para-mulheres.html>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

PRESTON, Jennifer. Malala Yousafzai, girl shot by taliban, makes appeal at U.N. *The New York Times*. Nova York, EUA. Diário. Disponível em http://thelede.blogs.nytimes.com/2013/07/12/video-of-malala-yousafzai-at-u-n-calling-on-world-leaders-to-provide-education-to-every-child/?_r=0. Acesso em 03 de setembro de 2013.

PÁGINAS DA INTERNET

Blog de Malala Yousafzai. Disponível em <http://www.malala-yousafzai.com/p/about-malala.html>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

Blog de Malala Yousafzai na rede de comunicação BBC. Disponível em <http://malalayousafzaibbcblog.blogspot.com.br>. Acesso em 03 de setembro de 2013.

Sítio do Instituto Plínio Corrêa. *10 razões pelas quais o casamento homossexual é prejudicial e deve ser combatido*. Disponível em <http://ipco.org.br/home/noticias/10-razoes-pelas-quais-o-casamento-homossexual-e-prejudicial-e-deve-ser-combatido>. Acesso em 28 de junho de 2013.