

Direitos Fundamentais

1 - Dos Direitos à Liberdade

Art. 5, inc. IX da Constituição Federal de 88

Constituição Federal de 1988

Índice Temático

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:

IX. é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(Fonte: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730738/inciso-ix-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>)

2 - Os Direitos Fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição

Adriano dos Santos Iurconville

Sumário: Introdução; 1 Os direitos fundamentais; 1.1 Conceito de direitos fundamentais; 1.2 Os direitos fundamentais de primeira geração; 1.3 Os direitos fundamentais de segunda geração; 1.4 Os direitos fundamentais de terceira geração; 1.5 Os direitos fundamentais de quarta geração; 2 O estado de direito e os direitos fundamentais; 3 Os direitos fundamentais na constituição federal; 3.1 Os direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal; 3.2 Os direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal; Conclusão; Referências.

Introdução

O presente trabalho tem como finalidade apresentar um estudo sobre os direitos os direitos fundamentais, suas formas, dimensões, e a sua incidência na Constituição da República.

Mas para se falar em direitos fundamentais, convém inicialmente estudar o seu conceito.

Analisaremos, também, a quarta dimensão dos direitos fundamentais, tema pouco discutido na doutrina, o Estado de Direito, os direitos fundamentais implícitos e explícitos na Constituição.

Simplificando, o principal desafio do presente trabalho será apontar alguns aspectos e incidência na Constituição Federal dos direitos fundamentais.

1 Os direitos fundamentais

1.1 Conceito de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Optamos, dessa forma, por adotar a terminologia “Direitos Fundamentais”, pois esse termo abrange todas as demais espécies de direitos[1]. Neste obstante, “a expressão direitos fundamentais é a mais precisa”[2].

Os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com as concepções das constituições escritas.

Acerca do surgimento dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes afirma:

“[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.[3]

Do ensinamento acima transcrito, concluí-se que a teoria dos direitos fundamentais, como conhecemos hoje, é o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas.

A luta contra o poder absoluto dos soberanos, o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem, isso sem deixar de mencionar “a agitação política em torno às idéias de Locke, Rousseau, os enciclopedistas, os liberais que conquistaram a independência americana”[4], constituíram os elementos essenciais que vieram a desenvolver as idéias concretizadas na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa em 1789.

As evoluções do direito e, principalmente, a influência dos problemas sociais, contribuíram grandemente para a dilatação daqueles velhos preceitos, conquistas dos movimentos do século XVIII, mais precisamente os direitos fundamentais de primeira dimensão, como se verá adiante.

José Afonso da Silva, em sua meritória obra sobre Direito Constitucional, ensina que os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem[5].

Frisa-se, que além da função de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, os direitos fundamentais também se prestam a compelir o Estado a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Em termos mais didáticos, citamos:

“Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”.[6]

Para um melhor entendimento, repisamos, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção aos direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social. Esse o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”.[7]

Na Constituição Federal, os direitos fundamentais são observados no Título II da Constituição de 1988 e também em outros dispositivos nela dispersos nos quais se verifique características de historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade, próprias dos direitos fundamentais[8], mas que não nos caberá explorar nesta oportunidade.

Imperioso mencionar os dizeres Jayme Benvenuto Lima Junior acerca dos direitos fundamentais e a Constituição Federal:

“A Constituição Brasileira de 1988 é, até o momento a que melhor acolhida faz aos Direitos Humanos em geral. Tanto em termos da quantidade e da qualidade dos direitos enumerados, como da concepção embutida no texto constitucional, a Carta de 1988 é inovadora”.[\[9\]](#)

1.2 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão presentes em todas as Constituições das sociedades democráticas e são integrados pelos direitos civis e políticos, como exemplo citamos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, a igualdade perante a lei etc.

“Os direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, pois são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo como uma esfera limitadora da atuação do Estado, isto é, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo”.[\[10\]](#)

O professor Celso Lafer leciona sobre o tema com maestria:

“[...] são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo [...]”.[\[11\]](#)

Da análise dos ensinamentos supra transcritos, pode se afirmar que são direitos que apresentam um caráter de *status negativus*, eis que representam uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não violação da esfera individual. É o afastamento do Estado das relações individuais e sociais.

Sobre o tema, Paulo Bonavides ministra:

“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

[...]

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam ma subjetividade que é seu traço mais

característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.[\[12\]](#)

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, ao lecionarem sobre o tema, afirmam:

“Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção”.[\[13\]](#)

Mister se faz elucidar, ainda, os ensinamentos de José Afonso da Silva:

“[...] direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (França)”; [\[...\]](#)[\[14\]](#)

Diante de todo o explanado, nos direitos fundamentais de primeira dimensão são considerados e valorizados direitos de resistência ou oposição perante o Estado, sendo deste exigido um comportamento de abstenção, por isso também são chamados de direitos negativos. Seria um “agir ou não agir, fazer ou não fazer. Usar ou não usar. Ir, vir ou ficar”[\[15\]](#).

1.3 Os direitos fundamentais de segunda dimensão

Com o avanço do liberalismo político e econômico no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, o mundo assistiu a deterioração do quadro social.

Ante a degradação do próprio homem, da vida humana, há o advento de um modelo novo de Estado, o Estado Social de Direito.

“[...] século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudança sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. [...] É, portanto, um século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social”.[\[16\]](#)

Portanto, a segunda dimensão dos direitos fundamentais reclama do Estado uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade, são os direitos

sociais, econômicos e culturais. Sempre buscando diminuir as desigualdades sociais, notadamente proporcionando proteção aos mais fracos.

Importante mencionar que os direitos de segunda dimensão não negam, tampouco exclui os direitos de primeira dimensão, mas a estes se somam[17].

“A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, cabe dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los [...] Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”. [18]

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar o direito ao bem-estar social.

“A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida”. [19]

Isto posto, os direitos da referida segunda dimensão estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, dentre outros.

Com os direitos da segunda dimensão, brotou um pensamento de que tão importante quanto preservar o indivíduo, segundo a definição clássica dos direitos de liberdade, era também despertar a conscientização de proteger a instituição, uma realidade social mais fecunda e aberta à participação e valorização da personalidade humana, que o tradicionalismo da solidão individualista, onde se externara o homem isolado, sem a qualidade de teores axiológicos existenciais, ao qual somente a parte social contempla. Nesse sentido, citamos os dizeres de Themistocles Brandão Cavalcanti:

“Assim, o direito ao trabalho, à subsistência, ao teto, constituem reivindicações admitidas por tôdas as correntes políticas, diante das exigências reiteradamente feitas pelas classes menos favorecidas no sentido de um maior nivelamento das condições econômicas, ou, pelo menos, uma disciplina pelo Estado das atividades privadas, a fim de evitar a supremacia demasiadamente absorvente dos interesses economicamente mais fortes”.[\[20\]](#)

Por derradeiro, por reclamarem pela presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais, os direitos fundamentais de segunda dimensão são também denominados de direitos positivos[\[21\]](#).

1.4 Os direitos fundamentais de terceira dimensão

Após a Segunda Guerra Mundial, ligada ao surgimento de entidades como a Organização das Nações Unidas (1945) e a Organização Internacional do Trabalho (1919), surge a proteção internacional dos direitos humanos, voltado para a essência do ser humano, ao destino da humanidade, pensando o ser humano como gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada[\[22\]](#).

“[...] a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas”.[\[23\]](#)

Emerge, portanto, um novo escopo jurídico que se vem somar aos direitos do homem com os historicamente versados direitos de liberdade e igualdade.

Paulo Bonavides leciona:

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade,

assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.[24]

Alexandre de Moraes, acerca do assunto, ensina:

“Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade e fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos [...]”[25]

Como visto, muito se fala em direito a paz, a autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à comunicação, dentre outros. Mas isso não significa que a vida humana, o ser humano não seja mais o titular de direitos, muito pelo contrário.

É da proteção do próprio ser humano que emanam tais direitos, típicos direitos transindividuais. O direito a vida passa a ser analisado como um direito suscetível de ser lesado coletivamente. Isto é, uma lesão pode ser dirigida a uma ou muitas pessoas.

“Da proteção da vida em terceira dimensão emanam direitos como o direito ao meio ambiente e os direitos do consumidor, típicos direitos transindividuais, e, em geral, o conjunto daqueles interesses da sociedade que constituíam o núcleo de relações entre os indivíduos da espécie humana, todos ligados naturalmente pelo fato de existirem”.[26]

Em outras palavras, os direitos de terceira dimensão são os direitos coletivos em sentido amplo, também conhecidos como interesses transindividuais, gênero em que estão incluídos os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.

Para finalizar, citamos os ensinamentos de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos”.

[...]

Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas”.[27]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, buscando uma melhor forma de ensinar, fez uma relação entre as três dimensões de direitos e garantias fundamentais e o lema da Revolução Francesa, onde os de primeira dimensão seriam os relativos à liberdade os de segunda, os relacionados à igualdade e os de terceira, à fraternidade[28].

1.5 Os direitos fundamentais de quarta dimensão

A historicidade das dimensões dos direitos fundamentais se verifica sempre em certas e determinadas épocas. Assim a revolução burguesa e as chamadas liberdades públicas, no final do século XVII, instruem os direitos de primeira dimensão.

A segunda dimensão de direitos fundamentais decorre dos processos revolucionários ocorridos no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, são os direitos sociais.

Já o direito de terceira dimensão, vestido da jaqueta da solidariedade e fraternidade humana, nasce sobre a repercussão forte e estremecedora dos resultados da Segunda Guerra Mundial. Pois bem, e os direitos fundamentais de quarta dimensão?

Poucos autores discorrem sobre a existência da quarta dimensão, também chamada de dimensão, dos direitos fundamentais, dentre eles destacamos Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette e Pietro de Jesús Lora Alarcón, dentre outros.

Paulo Bonavides, ao lecionar sobre o tema, afirma:

“São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.[29]

Da leitura do posicionamento acima transcrito, percebe-se que os direitos fundamentais de quarta dimensão não vieram em substituição às demais dimensões, ao contrário, os direitos das três primeiras dimensões são os alicerces, a base de uma “pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”, direitos estes que, juntos, possibilitarão a construção de uma “sociedade aberta para o futuro”[30].

Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, a respeito da quarta dimensão de direitos fundamentais, afirmam:

“[...] trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo [...] também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos”.[31]

Contudo, os direitos fundamentais de quarta dimensão não são, apenas e tão-somente, os direitos que versam sobre a globalização, a democracia e o direito ao pluralismo, mas também, isso para não dizer sempre, o direito a vida.

Certo é que a humanidade passa por uma fase de internacionalização, comumente chamada de globalização, que se manifesta como inevitável, tendo em vista o desenvolvimento das forças produtivas dos países, o que inclui, dentre outros, os avanços biotecnológicos[32].

Diante de todos esses avanços biotecnológicos, Norberto Bobbio leciona:

“[...] já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.[33]

A fim de que não paire qualquer tipo de dúvida, transcrevemos:

“O passo dos direitos fundamentais a essa nova dimensão de reconhecimento de direitos se deve a que, se já há algum tempo é perfeitamente possível observar a manipulação de animais e vegetais, hoje a manipulação é sobre o ser humano diretamente, colocando-se no mundo uma discussão inicial sobre as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, evitando a manipulação sobre os genes e ao mesmo tempo, mantendo-se a garantia de gozar das contemporâneas técnicas de engenharia genética”.[34]

Diante de todo o enunciado, outro entendimento não há senão o de que além de versar sobre o futuro da cidadania e o porvir da liberdade dos povos[35], os direitos fundamentais de quarta dimensão também se inferem a proteção da vida a partir da abordagem genética e suas atuais decorrências.

2 O estado de direito e os direitos fundamentais

Uma das mais expressivas conquistas nos últimos tempos foi à garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, frente ao próprio Estado. Nesse ponto, Lourival Vilanova esclarece o assunto da seguinte forma:

“É uma conquista do Estado de Direito, do Estado Constitucional em sentido estrito (*Verfassungsstaat*), a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo”.[36]

Saiu-se assim, daquela idéia, um tanto quanto pacífica, de que os Estados e os entes públicos encontravam-se em nível superior àquele ocupado pelos indivíduos. Sagrou-se a liberdade do indivíduo e a limitação ao poder do Estado.

Hoje, o “Estado de Direito” é aquele que, juntamente com os cidadãos, respeita e obedece as leis e as decisões judiciais.

Essa proteção jurídica para com os direitos fundamentais iniciou-se no século XVII, com o advento do constitucionalismo. Ou seja, somente através das Constituições é que se passou a disciplinar o exercício do direito público.

E, a Constituição brasileira não foi diferente. A exemplo de inúmeras Constituições atuais traz em seu corpo inúmeros textos referentes aos direitos fundamentais do Homem e suas garantias, que limitam a ação do Estado, e também, colocam-se a garantir o mínimo de exigências para que todos possam viver e desenvolver livremente suas atividades lícitas^[37].

Inúmeros são os direitos e garantias fundamentais assegurados, tanto individual quanto coletivamente, em nossa Carta Magna. Como exemplo, temos a garantia da igualdade perante a lei, a inviolabilidade da propriedade privada, a liberdade de consciência, a liberdade de ir e vir, a liberdade de associação, a propriedade, a legalidade, a anterioridade tributária etc. Essas garantias são direcionadas à proteção do indivíduo, e ao mesmo tempo são proibições ao Estado de lesar aquele, por meio de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

São verdadeiros direitos subjetivos, constitucionalmente garantidos a todo e qualquer cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º), oponíveis a qualquer pessoa, inclusive ao Estado.

Neste ponto, Celso Antonio Bandeira de Mello, fez as seguintes considerações:

“Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos”.^[38]

A atividade estatal deve se desenvolver em atenção aos parâmetros delineados pelo ordenamento jurídico, e dessa forma, deve respeitar os direitos fundamentais das pessoas assegurados no texto constitucional.

Nossa Constituição prevê que o Estado, por qualquer de seus Poderes, deve reconhecer e garantir os direitos fundamentais, considerando-os invioláveis, fazendo com que sejam por todos respeitados, incluindo as pessoas jurídicas (de direito público e privado) e os particulares.

Assegura ainda, em caso de violação ou ameaça de direito, medidas jurídicas a fim de restabelecer o ato infrator, como a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção. Contudo, este não é o objeto de estudo do presente trabalho.

3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

3.1 Os direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal

Os direitos fundamentais se apresentam na Constituição da República de duas formas, na forma explícita e implícita. Neste subitem analisaremos a primeira hipótese.

Os direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal são aqueles expressos formalmente.

A Constituição da República, logo em seu início, mais precisamente em seu preâmbulo, já demonstra preocupação com os direitos fundamentais e sua, suposta^[39], aplicação.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Os direitos fundamentais estão, literalmente falando, prescritos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente dos artigos 5º ao 17, da Lei Maior: Capítulo I, Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Capítulo II, Dos direitos sociais; Capítulo III - Da nacionalidade; Capítulo IV - Dos direitos políticos; Capítulo V - Dos partidos políticos.

Alexandre de Moraes classifica os direitos fundamentais da seguinte forma:

“[...] direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...];

[...] direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos

fundamentos de nosso Estado Democrático, como preleciona o art. 1º, IV. [...]. A constituição consagra os direitos sociais a partir do art. 6º.

[...] direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-se ao cumprimento de deveres impostos;

[...] direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

[...] direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo”.[\[40\]](#)

3.2 Os direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º prescreve que o rol dos direitos fundamentais não são *numerus clausus*, mas sim *numerus apertus*.

Art. 5º [...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para uma melhor compreensão do tema, citamos os ensinamentos de Walber de Moura Agra:

“A exemplificação dos direitos fundamentais acentua o caráter dialógico entre a constituição e a realidade social. Se as normas constitucionais estão em constante interação com a realidade, para se adequarem às transformações produzidas, os direitos não podem ser taxativamente numerados, sob pena de sofrerem envelhecimento normativo e perderem eficácia”.[\[41\]](#)

Complementando o raciocínio, o expoente doutrinador Alexandre de Moraes ensina:

“Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente”.^[42]

Por conseguinte, os direitos fundamentais não são única e exclusivamente aqueles arrolados no Título II da Constituição. Como exemplo, podemos citar o direito ao meio ambiente, o direito a comunicação social (ambos previstos no artigo 225) e os direitos que limitam o poder de tributar do Estado, contidos nos artigos 150 e seguintes da Carta Magna, Título VI, dentre outros.

Outro entendimento não há senão o de que os direitos fundamentais não se limitam apenas àqueles estampados nos artigos 5º a 17 da Carta Magna, como se pôde verificar no tópico anterior. Como exemplo, transcrevemos parte do voto do Ministro Celso de Mello, que afirma que uma norma expressa no Título IV, Capítulo I, Seção II (Das Limitações do Poder de Tributar), tem natureza de direito fundamental:

“O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes”. (STF, **ADI n. 939-7**, Rel. Min. Sydney Sanches; Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14/03/2006) - grifo nosso

Conclusão

No presente trabalho buscamos examinar os direitos fundamentais, suas dimensões, também chamados de gerações, e a sua incidência na Constituição da República de 1988.

Para isso, num primeiro momento, apresentamos a quarta dimensão dos direitos fundamentais, apesar de ser pouco discutido na doutrina, apresenta altíssimo valor, uma vez que versa sobre o futuro da cidadania e a proteção da vida a partir da abordagem genética e suas atuais decorrências.

Nossa Constituição prevê que o Estado, por qualquer de seus Poderes, deve reconhecer e garantir os direitos fundamentais, considerando-os invioláveis, fazendo com que sejam por todos respeitados, incluindo as pessoas jurídicas (de direito público e privado) e os particulares.

Esta imposição de reconhecimento e garantia por parte do Estado se dá porque as normas constitucionais estão em constante interação com a realidade.

Por isso, equivocado é o entendimento de que os direitos fundamentais estão expressos somente no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – artigo 5º ao artigo 17 da Constituição Federal –, uma vez que, se taxativamente enumerados, os direitos perdem a sua eficácia.

Ora, se com a vigência de todas essas normas fundamentais, nós, cidadãos, já carecemos de real eficácia dos direitos, mais perderíamos se o Estado não os reconhecesse.

Frise-se que, uma vez estabelecidas às normas que garantam a aplicabilidade dos direitos fundamentais, o Estado não pode retroceder e reduzir, anular, revogar ou extinguir tais direitos. Por isso repisamos, o Estado está vinculado às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos aqueles que deles necessitem, pois somente dessa forma irá mencionar e garantir, mas fazer aplicar os direitos fundamentais.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fundamentalidade dos Direitos Sociais*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, n. 184. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1387>> Acesso em: 1 dez. 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos, **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 65, p. 27 (s. d.).
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Juarez de Oliveira: São Paulo, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- SILVA, Cristiane Ribeiro da. Panorama histórico dos direitos sociais e a pessoa portadora de deficiência, **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 62, nov./dez. 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VILANOVA, Lourival. Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento, **Ordem dos Advogados do Brasil**, São Paulo, 1970.

Notas:

- [1] SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 18.
- [2] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107-108.
- [3] MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178.
- [4] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964, p. 194.
- [5] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.
- [6] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.
- [7] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.
- [8] SILVA, Cristiane Ribeiro da. Panorama histórico dos direitos sociais e a pessoa portadora de deficiência, **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 62, nov./dez. 2006.
- [9] LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55.
- [10] SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.
- [11] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 126.
- [12] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.
- [13] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

- [14] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 182-183.
- [15] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.
- [16] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000, t. 4, p. 88.
- [17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.
- [18] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 127.
- [19] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 79.
- [20] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964, p. 197.
- [21] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.
- [22] ARAUJO, NUNES JUNIOR, *op. cit.*, p. 116.
- [23] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 81.
- [24] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-569.
- [25] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.
- [26] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 83.
- [27] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.
- [28] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.
- [29] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.
- [30] BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 572.

- [31] BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 389.
- [32] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 88.
- [33] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.
- [34] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 90.
- [35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 572.
- [36] VILANOVA, Lourival. Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento, **Ordem dos Advogados do Brasil**, São Paulo, p. 43, 1970.
- [37] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259.
- [38] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos, **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 65, p. 27 (s. d.).
- [39] Dizemos “suposta” porque é visível a todos nós, cidadãos, que o Estado realiza, desempenha políticas sociais em descompasso coma realidade, principalmente daqueles que, infelizmente, não tem como prover o próprio sustento. É neste sentido que concordamos e citamos os ensinamentos do doutrinador Eduardo Bittar (**O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 291-292): [...] um inquestionável paradoxo está estampado no horizonte: de um lado, dos direitos fundamentais de diversos quilates (primeira, segunda e terceira gerações) textualmente expressos nos diversos artigos da Constituição Federal de 1988; de outro lado, práticas sócias defasadas em pelo menos um século ante os desafios (econômicos, políticos, institucionais, orçamentários...) propostos por diversas inovações constitucionais. É deste descompasso que se nutrem as mentes mais céticas, no plano teórico, e os que se beneficiam de sua ineficácia, no plano prático.
- [40] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43-44.
- [41] AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 229.
- [42] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 106.

Informações Sobre o Autor: Adriano dos Santos Iurconvite - Advogado e professor universitário. Mestre em Direito e Especialista em Direito Público.

Informações Bibliográficas

IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em ago 2016.

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)

3 - Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político

Teresinha Inês Teles Pires

Teresinha Inês Teles Pires é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação da UniCEUB.

Sumário

1. Introdução. 2. Liberdade de consciência e de crença na dogmática jurídica e na Constituição. 3. Âmbito de proteção e reservas legais. 4. Hermenêutica constitucional e estado democrático de direito. 5. O princípio da separação e da não confessionalidade. 6. Liberdade Religiosa e Pluralismo Político. 7. Conclusão

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo colher os posicionamentos doutrinários pertinentes à discussão do direito à liberdade de consciência e de crença e sua interação com outros princípios constitucionais, além de problematizar as situações fáticas que possam se apresentar perante o intérprete a respeito da matéria.

Considerando o pouco desenvolvimento do assunto no universo jurídico, seja pela ciência do direito, seja pela prática jurisdicional, procurar-se-á abordar a posição de tais liberdades no contexto da teoria dos direitos fundamentais constitucionais, bem assim no contexto sociopolítico relacionado à busca pelo reconhecimento de direitos e aperfeiçoamento do ideal democrático.

2. Liberdade de consciência e de crença na dogmática jurídica e na Constituição

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios da liberdade de consciência e da liberdade de crença como direitos individuais fundamentais (art. 5º, inciso VI). A liberdade de consciência apresenta-se como um conceito mais amplo, que incorpora seja a

liberdade religiosa, de professar qualquer crença religiosa, seja a liberdade de ter convicções filosóficas destituídas de caráter religioso (MIRANDA, J., 1993, p. 365).

Desse modo, para Jorge Miranda, assim como para a doutrina portuguesa em geral, a liberdade religiosa deriva da liberdade de consciência. Por outro lado, a doutrina brasileira, na esteira de Pontes de Miranda, toma como matriz da liberdade religiosa a liberdade de pensamento, tratando-se a primeira de uma especialização da segunda. Isso no sentido de que a liberdade de pensamento se subdivide em “liberdade de religião e liberdade de pensamento a-religioso ou antirreligioso” (MIRANDA, F., 1968, p. 109, 116).

Essa distinção dogmática, em realidade, conduz aos mesmos resultados (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 115), sendo importante destacar a opção constitucional pela ampla liberdade conferida aos indivíduos no que concerne à hierarquia de valores a ser adotada perante sua própria consciência, o que configura uma reserva pessoal de intimidade e autodeterminação. Pode-se dizer que essa permeabilidade entre os conceitos de liberdade de consciência, liberdade de pensamento e liberdade religiosa importa em uma interdependência complexa, especialmente quando se considera ainda a vinculação dos mesmos a outros princípios inerentes à intimidade individual, como o princípio da formação da identidade e da personalidade.

Problemática questão inerente à não completa autonomia de todas essas categorias jurídicas se revela quando as pensamos no campo da conduta humana, da liberdade de atuação conforme as convicções pessoais, supondo-se a necessidade de se atribuir um tratamento consentâneo a ambos os aspectos (convicções e práticas). O “direito de personalidade em geral”, na medida em que diz respeito à formação da identidade do sujeito, impõe limites à intervenção estatal, pois envolve “a liberdade de não ser onerado de uma maneira que afete massivamente” o plano íntimo da construção da consciência individual (PIEROTH; SCHLINK, 2008, p. 113)¹.

Particularmente as convicções religiosas impõem ampla proteção da conduta, tendo em vista o significado ético das crenças religiosas, as quais se refletem em hábitos culturais e sociais, como, por exemplo, o do uso do véu ou outros símbolos. Outro exemplo é o da objeção de consciência, pela qual se reserva ao indivíduo o direito de recusar-se à prática de determinado ato, por motivo de crença. Mencionem-se, nesse sentido, o caso da pessoa que não aceita a transfusão de sangue por professar a religião Testemunha de Jeová, a recusa ao serviço militar e a recusa do médico a realizar o aborto nos países nos quais sua prática é legalizada.

Interessante discussão é travada no que concerne às condutas penalmente tipificadas. A razão de ser “das medidas proibitivas” “de natureza penal” reside na proteção

¹ *Canotilho (1998, p. 372) também faz referência à “concepção de um direito geral de personalidade”, afirmando que “cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”.*

a terceiras pessoas, isto é, em regra uma ação é definida como crime quando sua prática produz algum tipo de dano a outrem. Além disso, exige-se a capacidade de discernimento do agente. Alguns autores entendem, ainda, que o “consentimento do ofendido” pode configurar “excludente de tipicidade”, em se tratando de bem jurídico “disponível, eis que nessa hipótese o titular do bem jurídico protegido abre mão da tutela penal”. O mesmo entendimento aplicar-se-ia às “autolesões”, no mais das vezes motivadas por crenças pessoais (MARTINELLI, 2009, p. 73, 75, 84, 86).

Mais complexa se torna a análise da incidência em conduta criminosa do ponto de vista do conceito de objeção de consciência. Pense-se na situação em que o indivíduo pratica uma ação criminosa ciente desse fato porque subjetivamente acredita que a ação é justa. Esse agente pode ser chamado de “agente por convicção”. Obviamente o “direito positivo” prevalece sobre a “convicção subjetiva”; porém, a proteção da liberdade de consciência possibilita a reserva pessoal no campo das convicções morais e da conduta humana quando essas convicções ou condutas são verdadeiros componentes da personalidade, como já dito. Desenvolveu-se, assim, na doutrina o pensamento de que, nesse tipo de situação, quando “apenas se atingirem liberdades e direitos fundamentais de terceiros de forma periférica”, a ponderação de valores “penderá a favor do fato consciência” (convicção subjetiva) (ROXIN apud WEINGARTNER NETO, 2007, p. 313-315)².

Na vertente subjetiva, as liberdades de consciência e de crença garantem “a liberdade de confessar uma fé ou uma ideologia” (liberdade religiosa negativa); nesse âmbito, a Constituição protege “a personalidade espiritual moral”, assegurando-se uma livre caracterização do certo ou errado nas questões existenciais, o que não significa total ausência de limites, como se verá adiante. Por outro lado, como elemento da ordem objetiva (liberdade religiosa positiva), aquelas mesmas liberdades garantem “a neutralidade religiosa e ideológica do Estado” (HESSE, 1998, p. 298-300). As duas dimensões (subjetiva e objetiva) aumentam a densidade jurídica do direito em análise, considerando que cada uma delas comporta ainda outras subdivisões: os direitos subjetivos podem ser individuais ou coletivos (das pessoas jurídicas), enquanto o “prisma objetivo” apresenta a categoria dos “deveres de proteção” e a categoria das “garantias institucionais” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 68).

Sendo assim, as liberdades de consciência e de crença estruturam-se em uma perspectiva multidimensional, devendo, em todas as duas distinções dogmáticas, conectar-se ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

² *A dogmática jurídica sugere, em alguns casos, a analogia com o estado de necessidade, quando “se sacrifica bem jurídico de valor menor”, em outros casos a analogia com a “exclusão da culpabilidade” e, em outros ainda, “a cláusula de consciência” é considerada uma “espécie de inexigibilidade de conduta diversa” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 316).*

3. Âmbito de proteção e reservas legais

O âmbito de proteção da liberdade de consciência (sentido amplo) deve ser expansivo o bastante para incorporar em seu conteúdo as diversas e multifacetadas mundividências filosóficas, ideológicas e religiosas. Além disso, tem que se pautar pela não violação do princípio da neutralidade estatal.

Na teoria de Robert Alexy (2008), os princípios são distintos das regras por apresentarem maior grau de generalidade. O autor cita como “um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto” o princípio da “liberdade de crença”. Na seara da colisão entre princípios, o autor afirma que “um dos princípios terá que ceder”, o que não importa na declaração da sua invalidade, mas, sim, na “precedência” do outro, dadas as circunstâncias do caso concreto. Como se sabe, para Alexy (2008), a tensão entre dois princípios soluciona-se por meio do “sopesamento” dos interesses em conflito. Entretanto, existem os direitos não passíveis de restrições, em tese, pela ausência de reserva expressa (simples ou qualificada), entre os quais se inclui a liberdade de crença; em outra linha de raciocínio, do ponto de vista estrutural, a ausência de reserva legal não atribui proteção absoluta a esses direitos, que podem ser limitados em face de colisão de interesses (ALEXY, 2008, p. 87, 93, 95, 124). Gilmar Mendes (2009) esclarece que a restrição de um direito fundamental sem reserva expressa se legitima diante de uma colisão, com fundamento nos “direitos de terceiro ou em outros princípios de hierarquia constitucional”, lembrando, obviamente, que tal restrição é limitada, sob pena de se atingir “o núcleo essencial do direito fundamental” (MENDES, 2002, p. 240-241, apud WEINGARTNER NETO, 2007, p. 195-196).

Outro problema é delimitar normativamente em que circunstâncias se considera atingido, em sua essência, um direito fundamental. Gavara de Cara (1994), ao abordar as teorias subjetivas e objetivas a respeito do conteúdo essencial, aponta como um dos caminhos para essa resposta a teoria de Ekkehart Stein, segundo a qual, se a limitação chega ao ponto de os indivíduos não poderem “de nenhuma maneira desfrutar dos interesses protegidos pelo direito fundamental”, isso significa que seu conteúdo essencial foi afetado. Outro critério digno de referência, para Gavara, é o apontado por Herbert Krüger, que “consiste em determinar em cada caso concreto se a finalidade do direito fundamental, depois da limitação”, foi realizada ou não. Essas duas posições adotam a concepção de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos do indivíduo. No campo das teorias objetivas, que definem como objeto de proteção a própria “norma objetiva de direito fundamental”, Gavara menciona, entre outras, as teorias de Friedrich Klein, e seu destaque para a compreensão de que os direitos fundamentais não são só “direitos públicos subjetivos mas também garantias institucionais, normas principais e regras de interpretação”, e a teoria de Eike Von Hippel, que considera “que as normas de direitos fundamentais regulam questões básicas da ordem social”. Por fim, ainda segundo Gavara (1994, p. 28, 32, 36, 38),

Hesse tenta desconstruir a ambivalência entre as vertentes subjetiva e objetiva, propondo uma “intercambialidade de ambos os aspectos”, no sentido de ambos comporem o objeto protegido.

Em face da natureza abstrata da formulação constitucional desses direitos, a fixação de limites ao seu exercício remete o legislador e intérprete a permanente tensão entre a norma jurídica e a realidade fática³. Não é possível restringir direitos com espreque na pura literalidade textual positiva, sem a consideração dos valores culturais, sociais e também religiosos inerentes a uma determinada sociedade.

As “novas conformações” “hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade”, de modo a equilibrar “o interesse individual e o interesse da comunidade”. A respeito do controle de constitucionalidade das leis, a doutrina enfoca o complexo tema da definição do “excesso de poder legislativo”, que infringe o princípio da proporcionalidade. O legislador, ao impor restrições aos direitos fundamentais, não tem só a faculdade, mas a “obrigação de observar rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição”, e não pode também omitir-se em seu “dever” “de legislar”, incumbindo-lhe concretizar as “garantias institucionais” (MENDES, 2009, p. 19, 20, 47, 117). No que tange ao “controle do direito pré-constitucional”, Gilmar Mendes (2009, p. 216) sugere que a “consolidação da ADPF” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) “poderá ser” “um instrumento adequado”. O aspecto subjetivo do direito à liberdade de consciência e de crença, como já adiantado, associa-se aos direitos à intimidade, à identidade e à formação da personalidade, e seu aspecto objetivo, à garantia da neutralidade estatal, que, diante do livre exercício de profissões religiosas, deve abster-se de favorecer a prevalência de uma doutrina específica no âmbito do espaço público. Cabe aqui a pergunta: como o Estado, em seu papel garantidor do exercício dessas liberdades, inclusive por meio de leis restritivas de direitos (no que pese à não previsão constitucional) para a composição dos interesses conflitantes, irá assegurar “a igualdade entre as religiões e a liberdade de consciência no espaço público” (DINIZ, 2010, p. 25) e na esfera privada da autodeterminação individual? É dever do Estado acolher em seu arcabouço jurídico-político valores filosóficos e religiosos minoritários como possibilidades de escolha individual, atenuando a dominação histórica de uma específica doutrina⁴. Nessa seara entra a exigência constitucional da proibição do proselitismo religioso, entendido doutrinariamente como manifestação de dogmatismo ou sectarismo tendente à discriminação social de credos religiosos não prevalentes culturalmente. Certamente a Constituição permite a expressão de

³ *Veja-se, nesse sentido, a argumentação de F. Müller (apud BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 33-35) relacionada à incorporação dos aspectos empíricos no programa normativo, aspectos que se modificam ao longo do tempo, fazendo com que o legislador tenha que assumir uma “posição intermediária”, mantendo-se vinculado à norma objetiva e ao mesmo tempo às mudanças introduzidas pelas “circunstâncias” fáticas do caso concreto.*

⁴ *“Alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1998, p. 359).*

convicções religiosas, mas não ao ponto de se promover a arregimentação manipulatória com o intuito, muitas vezes, de se obter poder político.

4. Hermenêutica constitucional e estado democrático de direito

Os parâmetros estabelecidos pela hermenêutica constitucional fornecem subsídios para a concretização das liberdades individuais. Nas hipóteses em estudo, devido ao nível elevado de abstração e generalidade, o sopesamento dos valores envolvidos, em sua integralidade, coloca o intérprete em uma condição singular. Das diferentes posições doutrinárias acima sintetizadas, além de várias outras não mencionadas, infere-se que a definição dos elementos componentes do “núcleo essencial” do direito à liberdade de consciência ou crença envolve aspectos éticos, ideológicos, culturais, sociais e intrapsíquicos.

Como destaca Ortega y Gasset (apud SILVA NETO, 2008, p. 86), “eu sou: eu e minha circunstância”; ou, no dizer de Francesco Ferrara (1921, p. 36), “é preciso atender às relações da vida, para cuja regulamentação a norma foi criada”.

Pressupondo-se a insuficiência do “positivismo jurídico” e da “interpretação lógico-semântica” na solução das colisões de interesses surgidas nos casos concretos, a interpretação jurídica, no juízo de aplicação, assume um “caráter prático” e “aberto”, em vista das especificidades das situações existenciais apresentadas a exigir uma resposta por parte do Estado. O método “hermenêutico-concretizador” é o caminho adequado para a resolução das mais variadas questões afetas à liberdade de consciência e religiosa por direcionar-se aos problemas efetivos com os quais o intérprete se depara em um determinado contexto sociopolítico. Ressalte-se que a “pré-compreensão do intérprete”, no referente ao sentido e “conteúdo da norma”, pautar-se-á por expectativas e valores subjetivos, tendo por paradigma o “princípio da interpretação conforme a constituição” (SILVA NETO, 2008, p. 89-91, 93).

Esse enfoque hermenêutico é bastante acentuado na proposição de Peter Häberle da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, que possibilita uma permanente “revisão” da interpretação em conformidade com os “novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade”. O autor confere à “esfera pública” e às “forças sociais” uma dimensão primordial, em especial na concretização dos direitos fundamentais, e atribui à “práxis cotidiana”, construída pelo “círculo de participantes”, o papel garantidor do exercício das liberdades individuais e coletivas (HÄBERLE, 2002, p. 9, 27, 33, 37) pela mediação do livre fluir do debate e da participação de todos os cidadãos, não somente dos detentores do poder ou ocupantes de cargos públicos. Häberle (2002, p. 40) adverte, contudo, que o processo discursivo está sempre submetido a “ameaça”, devendo ser conduzido pela “ordem liberal-democrática” como um “modelo ideal” de sociedade aberta. A aplicabilidade dessa teoria no campo da liberdade de consciência/religiosa é a mais extensa possível, haja vista a velocidade em que os valores individuais ou comunitários se modificam nos diversos

contextos históricos das civilizações. A interpretação da constituição deve caminhar no mesmo passo das mudanças sociais e, no âmbito em investigação, no mesmo passo da introdução de novas tendências e interações, principalmente na prática religiosa. A conduta humana não se desvincula dos valores e crenças pessoais e não pode ser juridicamente sopesada de forma dissociada desses referenciais individuais. Novos enfoques interpretativos são necessários, na prática jurídica, para a extensão desses direitos com a inclusão das ideologias e crenças minoritárias.

Do ponto de vista político, defende-se, nesse texto, a perspectiva de fortalecimento de mecanismos democráticos, a serem postulados pela ciência e prática do direito, que promovam uma maior descentralização do debate público, uma mais efetiva participação das entidades representativas de todos os setores da sociedade, como associações e movimentos sociais. Digno de menção, nesse ponto, é o esforço de Unger (2004) na defesa do aprimoramento institucional. Sua conclamação ao “experimentalismo democrático” incita a “prática permanente de reforma radical” das instituições políticas e, em relação à participação popular no processo decisório, a conformação a esse anseio do “arcabouço jurídico partidário”. Essa é a “vocação do direito contemporâneo”, a “formação de uma ordem política e econômica” que acolha os “direitos de escolha” e o “gozo efetivo” das liberdades institucionais. O autor propõe como método de realização do “projeto democrático” o que ele chama de “democracia mobilizadora”, cuja direção indica a revisão das “estruturas arraigadas” da vida política. Em consonância à advertência de Häberle (2002), quanto à “ameaça” de esvaziamento da democracia participativa, Unger (2004) chama a atenção para o risco do “conluio entre poder político e vantagem econômica”. Além disso, os grupos mais engajados podem “tomar o controle das instituições participativas”, enquanto os “ausentes, distraídos e taciturnos” mantêm-se à margem do espaço decisório (UNGER, 2004, p. 16, 27, 41, 198-199, 205). Essa exclusão é patente no contexto da participação de entes religiosos e seus representantes no processo político. Ninguém há de negar que não há grupos organizados de pessoas que professem crenças religiosas minoritárias ou que simplesmente não professem crença alguma (agnósticos e ateus); com isso, as decisões políticas passam ao largo do direito de participação desse universo específico de pessoas, embora elas tenham igualmente que se submeter às regras morais e normas jurídicas vigentes.

5. O princípio da separação e da não confessionalidade

O processo de secularização, que fez imperar a separação entre Estado e religião e a proibição do ensino confessional (de conteúdo missionário e pretensões clericais), partiu da necessidade de se combater a intolerância religiosa, presente particularmente no mundo ocidental em face da preponderância do cristianismo e do esvaziamento das doutrinas divergentes. Alguns países adotam uma religião oficial, sendo, portanto, Estados confessionais; é o caso da Argentina (catolicismo). Outros abraçam o regime da separação,

porém reconhecem ao mesmo tempo “algum tipo de privilégio para determinada Igreja”, como, por exemplo, Portugal, que, “com a reforma da Lei constitucional nº 3, de 1971”, adota a religião católica “como religião tradicional da Nação” (TAVARES, 2009, p. 54, 59). Por outro lado, grande parte dos países, como França, Espanha e, também, Brasil, são repúblicas laicas. No caso do Brasil, a laicidade está assegurada pela proteção constitucional da liberdade de consciência e de crença.

Esclareça-se que o termo “laicidade” não significa hostilidade às práticas religiosas, mas apenas o caráter não confessional do Estado. No Brasil, inclusive, a laicidade não é proclamada como “neutralidade confessional” (que sequer admitiria a presença de símbolos religiosos nos locais públicos), mas antes como “pluriconfessionalidade”, haja vista a aceitação de tais símbolos em nossas instituições e a participação das religiões nas decisões políticas. Como se sabe, “há representantes religiosos em cargos políticos e públicos” (DINIZ, 2010, p. 23), em número expressivo, o que pode, inclusive, resultar em grave situação de faccionismo⁵. A Constituição brasileira, no artigo 19, inciso I, proíbe ao Estado estabelecer aliança ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, “ressalvada” “a colaboração de interesse público”. Razões de ordem cultural e sociológica justificam essa previsão nas hipóteses em que as atividades desenvolvidas por instituições religiosas exerçam alguma função social em benefício da coletividade, mas não se pode perder de vista que se trata de uma exceção, devendo ser admitida com grandes reservas.

Um problema complexo relacionado ao esforço para concretizar o direito fundamental à formação de convicções morais e religiosas individuais manifesta-se na questão da proibição do ensino confessional (oferecido por representantes de igrejas) nas escolas públicas. A Constituição (art. 210, parágrafo primeiro) estatui que o ensino religioso nas escolas públicas é facultativo. A Lei 9.475/1997 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) deixou para as secretarias estaduais “a regulação do ensino religioso”, dando origem a leis inconstitucionais, como a Lei 3.459/2000 do Rio de Janeiro que prescreve a obrigatoriedade do ensino religioso nas escolas públicas e sua disponibilização na forma confessional. Essa lei “está sendo contestada” no STF “desde 2004”. Outros estados, como o Acre, a Bahia e o Ceará, igualmente promovem o ensino confessional (DINIZ, 2010, p. 41, 42, 45), o que viola o caráter vinculativo dos direitos fundamentais nas três esferas de poder institucional.

No direito internacional, duas experiências são tidas como modelos “no acolhimento do princípio da separação”: o modelo americano, com a metáfora do wall of separation e da establishment clause, e o modelo concordatário europeu, calcado em tratados celebrados entre os Estados e a Santa Sé (Estado do Vaticano) em matérias de natureza religiosa. Nos Estados Unidos, preza-se fortemente pelo distanciamento e pela

⁵ Consulte-se, nesse particular, a crítica feita por BOBBIO (1999, p. 194) à atuação legislativa, no sentido de os partidos estarem “se transformando em facções”.

neutralidade do Estado em face das questões religiosas, embora a Suprema Corte apresente atualmente uma tendência a atenuar o “separatismo estrito” na tentativa de “acomodar o fenômeno religioso” e de favorecer ações positivas do Estado em prol da secularização e da efetividade da liberdade religiosa (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 151-156).

Muito mais problemático é o sistema concordatário, que infringe os princípios do constitucionalismo pela perpetuação de privilégios e discriminações. O Brasil não tem tradição de celebrar concordatas, mas, nas últimas décadas, algumas foram efetivadas, como o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre Assistência Religiosa nas Forças Armadas (1989) (MAZZUOLI, 2009b, p. 257) e a Concordata que previu a “confessionalidade do ensino religioso” católico, acordo esse aprovado em 2009 (DINIZ, 2010, p. 43). Esses acordos, assim como quaisquer concordatas, são inconstitucionais por resultarem na concessão de “um tratamento especial” “aos cidadãos católicos” em relação aos “não católicos”, criando “distinções” entre brasileiros (MAZZUOLI, 2009b, p. 258-259), no que tange ao regime de liberdade religiosa e de pluriconfessionalidade. Além das concordatas, o Brasil ratificou vários tratados internacionais em geral, que contêm disposições pertinentes à proteção da liberdade de consciência e crença. Todavia, enfatize-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADIn no 1.480-DF, que os tratados e convenções “estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República” (SILVA NETO, 2008, p. 75)⁶.

Notoriamente, no Brasil, nem sempre a liberdade religiosa e a liberdade axiológico-filosófica, a despeito de serem definidas como garantias constitucionais fundamentais, efetivam-se significativamente nas práticas institucionais, considerando a participação e a grande influência do fenômeno religioso no processo político. Claramente se observa uma forte “resistência política à aprovação de leis que confrontem a moral católica”, ou, melhor dizendo, a moral cristã⁷, “tal como” “a descriminalização do aborto” e o “casamento de pessoas homossexuais” (DINIZ, 2010, p. 22). Na medida em que essa resistência bloqueia o reconhecimento da igualdade religiosa ou a proteção do agnosticismo e do ateísmo (apoiados na liberdade de consciência), o Estado teria que encontrar mecanismos para o estabelecimento de limites à interferência de grupos religiosos nas decisões políticas, especialmente no processo de elaboração legislativa, por meio do controle de constitucionalidade de leis proselitistas. Esse controle seria legítimo em razão do caráter negativo dos direitos fundamentais, o que impõe limitações (contenções) na atuação do Poder Público, em todas as suas esferas. Nesse aspecto, Débora Diniz (2010, p. 50) destaca a “baixa eficácia do controle de constitucionalidade das leis estaduais” no Brasil, o que dificulta em muito o respeito à pluriconfessionalidade.

⁶ *Sobre os tratados, convenções e declarações de direitos, ver também Silva Neto (2008, p. 79-84).*

⁷ *Aliás, o proselitismo religioso vem aumentando gravemente em razão do crescimento de outras religiões cristãs, sobretudo o protestantismo com suas diversas vertentes, que chegam mais e mais ao Brasil com o objetivo missionário de converter pessoas para sua doutrina. Sobre esse ponto, ver também Weingartner Neto (2007, p. 120-121).*

6. Liberdade religiosa e pluralismo político

O sentido conceitual das liberdades institucionais de pensamento, de consciência e de crença remete diretamente à garantia do direito à liberdade e à igualdade (CF, art. 5º caput) na esfera pública, o que exige a releitura do amplo significado da perspectiva da justiça social com enfoque em parâmetros de controle democrático em um nível suficiente à redistribuição da participação no processo decisório. A teoria liberal de Rawls, uma importante referência nas questões relativas às liberdades individuais, busca propiciar a coexistência de uma variedade de doutrinas abrangentes razoáveis que se articulem no exercício da razão pública. Dentro desses parâmetros, cada indivíduo é livre para professar suas próprias crenças religiosas ou filosóficas, cuja justificação se alcança “com base em um equilíbrio razoável de valores políticos públicos” (RAWLS, 2011, p. 287-288). Igualmente, M. Rosenfeld é outro autor que, em sua teoria a respeito do “sujeito constitucional”, discute a necessidade de se combater a intolerância religiosa, em sua pretensão de monopolizar a verdade, e desenvolve a ideia de interação entre a identidade constitucional e as identidades culturais e religiosas construídas em uma determinada sociedade. Nesse movimento dialético, a incorporação, no plano jurídico, das concepções religiosas a respeito do bem somente se legitima na medida em que não haja a prevalência de uma única, entre elas, em detrimento das demais, ou em detrimento das concepções não religiosas (ROSENFELD, 2010, p. 37). O paradigma do reconhecimento do direito à igualdade reside na consideração contextualizada das diferenças.

O conceito de pluralismo evoca a proposição de um sistema político aberto à participação “dos vários grupos ou camadas sociais” na composição “da vontade coletiva”, ou seja, um modelo de sociedade na qual “o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito” (BOBBIO, 1999, p. 16, 22). O pluralismo insere-se no contexto das liberdades fundamentais, sobretudo as que estão em análise neste ensaio, no que diz respeito à defesa e garantia da multiplicidade psíquica, ideológica, ética e religiosa.

O reconhecimento do pluralismo, no Brasil, encontra empecilhos na vida social em decorrência da tensão existente entre a diversidade cultural e o fenômeno religioso. A “homogeneização” do pensamento religioso coloca em risco a liberdade de consciência, como um conceito que abrange as opções religiosas, agnósticas e ateístas. Assim, mesmo o propósito de um “ecumenismo religioso” não pode ser “fomentado pelo Estado”, na medida em que se afirma “o fato do pluralismo como elemento insuperável da sociedade contemporânea e democrática” (SORIANO, 2009, p. 173-174).

A Constituição, no artigo 215, caput e parágrafo 1º, proclama o direito ao “pleno exercício dos direitos culturais” e a livre manifestação “das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras” e de “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Assim, no que pese o predomínio numérico de católicos e protestantes no Brasil, a identidade

nacional é ampla o suficiente para justificar a proteção das manifestações culturais e religiosas não cristãs, autorizando ao Estado a prática de condutas positivas e intervencionistas em situações fáticas nas quais se evidencie que a liberdade de expressão de pensamento ou de crença está sendo obstada.

O banimento do preconceito e da discriminação das minorias é uma questão multidisciplinar, tendo que ser enfrentada nas esferas jurídica, social, política e econômica. Nesse particular, basta lembrar que a Constituição de 1988 definiu a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII) e, no artigo 231, reconheceu “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Cite-se, ainda, o art. 26-A da Lei 9.394/96, que tornou obrigatório “o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira” (SZKLAROWSKY, 2009, p. 334) nas escolas públicas e particulares (ensino fundamental e médio). No Brasil, ainda existe uma segregação negra velada, assim como de outras etnias (judeu, índio etc.), o que reproduz um sério quadro de intolerância e perseguição, impedindo a incorporação dos valores culturais e práticas sociorreligiosas desses grupos no espaço público⁸.

Denota-se uma tendência à hegemonia de uma visão uniforme na escala valorativo-existencial, com o não reconhecimento efetivo das concepções particulares do pensamento e da conduta humana, em todas as suas dimensões. As disposições protetivas do “Estado constitucional” esbarram na realidade empírica da intolerância, que não é vencida até mesmo devido às desigualdades sociais e econômicas, impeditivas da organização daqueles grupos historicamente desfavorecidos. Ademais, enfrenta-se atualmente o “desafio do fundamentalismo”, “fenômeno cultural” que, principalmente em sua vertente religiosa, desconstrói as bases do “estado democrático de direito, haja vista seu potencial de infiltração em “partidos e associações”. Movimentos fundamentalistas podem desenvolver-se em “qualquer religião”, sendo mais comuns “nas três religiões monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 47, 48, 52)⁹. Há de ser respeitada a autonomia moral e metafísica dos cidadãos, que podem livremente aderir a qualquer crença, inclusive as de caráter fundamentalista, mas não se pode admitir que a adesão a uma confissão religiosa possa importar em riscos à integridade física e moral das demais pessoas.

7. Conclusão

O ressurgimento da experiência religiosa ocorrido nas últimas décadas produziu novos desafios para o Direito. A Constituição de 1988 abriu o caminho para a minimização

⁸ A atualidade desse quadro social está minuciosamente explicitada no histórico julgamento do caso *Ellwanger* por parte do Supremo Tribunal Federal (HC no 82.424/RS), concernente à discriminação contra o povo judeu.

⁹ O autor defende a aceitação do fundamentalismo-crença e a não aceitação do fundamentalismo-militante, sendo que o segundo deve ser bloqueado pelo Estado (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 247-251).

da intolerância e do fundamentalismo com a inclusão sociopolítica dos valores e confissões religiosas minoritárias. A necessidade de acomodação do fenômeno religioso modificou o processo de secularização, que não mais está radicalmente focado na rígida separação entre o Estado e a religião (neutralidade), mas, sim, na construção efetiva do paradigma da pluriconfessionalidade.

Nessa dimensão, a dogmática dos direitos fundamentais e a perspectiva de sua concretização cumpre uma função primordial no sentido de transformar em um direito fundamental o que se moldava antes no conceito de tolerância. Ao Estado se impõe o dever de garantir, inclusive por meio de medidas intervencionistas, o respeito às convicções e crenças individuais contra qualquer tipo de sectarismo e proselitismo militante.

Consideráveis são as críticas em relação à timidez do Estado no cumprimento desse papel garantidor, haja vista a tendência, que precisa ser interrompida, à institucionalização das crenças religiosas. A ação do poder judiciário ainda não desenvolveu mecanismos adequados ao controle da participação das entidades religiosas, por meio de seus representantes, no processo político, o que tem que se compatibilizar com os preceitos constitucionais. Em suma, é cristalino que somente os primeiros passos foram dados em direção ao acolhimento jurídico do pluralismo na dimensão das convicções e crenças pessoais.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco, Letras Livres, 2010.
- FERRARA, Francesco. Como Aplicar e Interpretar as Leis. Belo Horizonte: Líder, 1921.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Os crimes contra o sentimento religioso e o Direito Penal Contemporâneo. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69-86.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.
- _____. O direito internacional concordatário na ordem jurídica brasileira. In: _____; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009b.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. v. 4.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5.
- WEINGARTNER NETO, Jaime. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008. (Coleção Manuais).
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. London: Routledge, 2010.
- SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 163-209.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Religião e racismo: a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 315-356.

TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 53-67.

UNGER, Roberto Mangabeira. O Direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004.

(Fonte: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496597/000966846.pdf?sequence=1>)

4 - A Nova Lei de Liberdade Partidária

AUTOR: Sérgio Sérulo da Cunha

“Os partidos são um mal inerente aos governos livres.” A DE TOCQUEVILLE (A democracia na América).

(Fonte: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176079/000472910.pdf?sequence=3>)

5 - A Constituição e o Supremo

Art. Item 17 de 362

CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO V - DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

- I. caráter nacional;
- II. proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
- III. prestação de contas à Justiça Eleitoral;
- IV. funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e

o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação da EC 52/2006)

Redação Anterior:

§ 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

(Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=256>)