

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Riva Sobrado De Freitas; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-851-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e CESUPA - Centro Universitário do Pará que ocorreu nos dias 13, 14 e 15 de novembro de 2019, em Belém/PA, cujo tema foi: DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Riva Sobrado De Freitas, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. EUTANÁSIA NO BRASIL: DO DISCURSO HUMANISTA À CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA
2. A COOPERAÇÃO E O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDORES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO ACESSO À JUSTIÇA
3. A EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
4. A HUMANIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: A VALORIZAÇÃO DE PESSOAS NA DIGITALIZAÇÃO BANCÁRIA
5. A INCLUSÃO ESCOLAR COMO PRERROGATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
6. A INTEGRIDADE DO STF AO DESOBRIGAR O ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA
7. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS: SOB VIÉS DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
8. DIREITO À FELICIDADE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
9. INCAPACIDADE BIOPSISSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?
10. O ATIVISMO JUDICIAL EM DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA UNIDADE PRISIONAL EM IPORÁ-GO
11. O LAICISMO FRANCÊS (LACITÉ) COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO MODERNO
12. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS DE DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA
13. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO MEIO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E INCLUSÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO

14. TERRAS INDÍGENAS OU TERRAS DEVOLUTAS? ANÁLISE DA ACO Nº 362/MT DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

15. TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: ANÁLISE DOS CASOS DOS CHINESES NO BRASIL

16. UMA CONTRIBUIÇÃO DOS DANOS EXISTÊNCIAS PARA AS POPULAÇÕES QUILOMBOLAS

17. UMA CRÍTICA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A RAÇA NEGRA NO BRASIL: DO HISTÓRICO DE GOLPES AO INCENTIVO À DIVERSIDADE COM COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR.

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O LAICISMO FRANCÊS (LACITÉ) COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE
EXCEÇÃO MODERNO**

**THE FRENCH SECULARISM (LACITÉ) AS AN EXPRESSION OF THE MODERN
STATE OF EXCEPTION**

Meire Aparecida Furbino Marques ¹
Larissa De Moura Guerra Almeida ²

Resumo

A constituição francesa, que tem valores como valores fundantes liberdade, igualdade e fraternidade, estabelece os direitos fundamentais dos indivíduos. No entanto, quando se trata do uso da burca, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião é tolhido ou suspenso, com fundamento na proteção à segurança jurídica e proteção do direito de terceiros a desfrutar de condições favoráveis de interação social. Nesse contexto, seria o Estado de Exceção uma real excepcionalidade ou apenas um mecanismo autorizativo de supressão de garantia fundamental para que o Estado exerça seu poder (violência?) além dos limites impostos?

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Estado de exceção, Liberdade de pensamento /religião, Laicismo

Abstract/Resumen/Résumé

The french constitution, which values are liberty, equality and fraternity, establishes the fundamental rights of individuals. However, when it comes to the use of the burka, the right to freedom of thought, conscience and religion is stopped or suspended, based on protection of legal security and the right of others to enjoy favorable conditions of social interaction. In this context, would the State of Exception be a real exceptionality or only an authorizing mechanism to suppress the fundamental guarantee for the State to exercise its power (violence?) beyond the limits imposed?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, State of exception, Thought /religion freedom, Lacité

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Direito Público e Tributário. Professora universitária.

² Mestranda em Direito Público, PUC Minas. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada – IEC PUC Minas. Advogada militante na área de Direito. Público Municipal. Professora

1 INTRODUÇÃO

A separação entre Estado e Igreja tem sido objeto de debate no âmbito das democracias ocidentais, principalmente em relação à forma de manifestação de religiosidade no espaço público. Nos países laicos a neutralidade estatal é aclamada. Todavia, o que seria ideal não se verifica na prática. A liberdade individual quanto à expressão de fé, garantida constitucionalmente, por vezes tem se esbarrado na limitação estatal que normativamente impede ou proíbe as manifestações, em espaço público, indicativas de credo religioso, evidenciada por cultos, vestimentas, práticas, etc.

Impulsionado pela crescente onda de ataques terroristas, atribuídos a fundamentalistas ligados ao islamismo, os países ocidentais buscam se proteger. É o que ocorre atualmente na França, país laico por excelência, que adotou como valores maiores a liberdade, a igualdade, e a fraternidade, mas proibiu, por lei, o uso, em público, das vestimentas características de determinadas vertentes do islamismo, em que as mulheres cobrem o rosto parcial ou integralmente. O âmbito da liberdade individual, estatuída na norma constitucional francesa foi, portanto, limitada por meio de lei.

Muitos atos de exceção foram praticados ao longo da história, culminando em situações catastróficas, legitimadas no ordenamento jurídico, a exemplo das atrocidades ocorridas na Alemanha, onde a ordem constitucional foi suspensa por meio de decreto, cedendo lugar aos atos totalitários que exterminaram inúmeros judeus. Essa prática foi defendida por Carl Schmitt, que a reputava necessária para defender os interesses da coletividade, sob o comando do soberano.

A doutrina de Carl Schmitt tem sido discutida, trazendo à tona problemas antigos. Giorgio Agamben, jus-filósofo italiano, aponta a importância de se analisar acuradamente os fatos atuais em que o estado de exceção é utilizado não para atender à excepcionalidade, mas, ao contrário, para consolidar práticas de governo suspensivas de direitos, pretensamente manejadas para promover a segurança da coletividade. Para isso, o autor retoma as lições de Schmitt, interpretando-as juntamente com a de outros jus-filósofos contemporâneos, para analisar o ambiente democrático e jurídico-político atual, em que direitos fundamentais são suprimidos ou suspensos.

Seria correto, no estado laico, impedir a liberdade de expressão por meio de lei que estipula sanção para quem utilize a burca no espaço público? Como justificar essa limitação? O terrorismo justifica a violência estatal na elaboração de norma que limita direitos da minoria?

Este artigo procura responder essas interrogações, utilizando-se do pensamento de Agamben, de Carl Schmitt, além da análise de Sigmund Freud e Michel Foucault sobre os atos de violência que atinge os interesses de minorias, no que tange à proibição, por lei, da utilização da burca nos espaços públicos da França.

2 O DIREITO À LIBERDADE E O LAICISMO FRANCÊS

Liberdade, igualdade e fraternidade: ideários inspirados na Revolução Francesa como direitos do cidadão e valores axiais da civilização humana, vige até os dias atuais, como princípio da República Francesa, acompanhando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), esta dirigida à universalidade, sem distinção quanto ao país, povo, etnia, cultura ou religião. Pelo menos em tese, conforme será exposto.

Por outro lado, a laicidade (*laïcité*) também foi considerada um dos pilares da República Francesa, na medida em que dever-se-ia observar separação entre o político e o religioso ou espiritual, promovendo-se, nos estados democráticos, o respeito à liberdade de consciência e ao princípio de não discriminação. A aplicação do princípio significa que as expressões culturais e religiosas particulares deveriam ocorrer apenas no espaço privado, porquanto no espaço público deve prevalecer a liberdade entre os indivíduos e a igualdade em direito. Nesse sentido, a laicidade à francesa significa laicismo, ou seja, posição militante antirreligiosa, hostil a demonstrações de identidade étnicas ou religiosas nos espaços públicos. (ANDRADE, 2014).

O laicismo existente na França evidencia-se na Lei Francesa nº 1.192/2010, em vigor desde 11 de abril de 2011, que prevê a aplicação de multa e realização de curso de cidadania para aqueles que, fora da hipótese legal, “usar roupas destinadas a dissimular a face” (art. 1º), em espaços públicos, ou seja, em “vias públicas, locais abertos ao público ou afetados a serviço público” (art. 2º). A referida lei é conhecida na Europa como “Lei da burca” ou “proibição do véu islâmico”. Embora redigida em termos gerais, a exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei expõe que a ocultação do rosto em espaços públicos, mediante a utilização de véu integral, ameaça os valores da República Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Relata ainda que a utilização da vestimenta é manifestação comunitarista a rejeitar os referidos valores e que a ocultação do rosto em público significa violência

simbólica e desumanizante contra o corpo social¹, além disso, poderia favorecer a ação de movimentos integracionistas extremistas.²

As roupas destinadas a encobrir a face, a *burca* e o *niqab*, são vestimentas compostas de véus integrais que cobrem todo o corpo e o rosto da mulher. O *niqab* deixa à mostra a área dos olhos, enquanto na *burca* há apenas uma espécie de painel que permite a visão, escondendo, em consequência, a fisionomia da mulher. Apesar de haver confusão na mídia entre a denominação da vestimenta, o *niqab* é o tipo de véu integral mais comum na França.

Importante anotar que em pesquisa realizada pelo Ministério Interior da França (2009), em data anterior à aprovação da lei, apurou-se que menos de duas mil mulheres utilizavam o véu³, número ínfimo para justificar a vedação da utilização da vestimenta sob a alegação de ameaça à República Secular Francesa.

Foi então questionado, perante a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a ofensa aos direitos fundamentais, previstos nos arts. 8º (respeito à vida privada), 9º (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), art. 10º (liberdade de expressão), além do art. 14 (proibição de discriminação). O governo francês sustentou que a lei visava proteger fins legítimos, elencados no art. 9º, quais sejam, a segurança pública, na medida em que a identificação dos indivíduos possibilitaria impedir ataques às pessoas, e a proteção dos direitos e liberdades de outrem envolveria a perspectiva de proteção, como “o respeito dos fundamentos mínimos dos valores de uma sociedade democrática e aberta”. Tais valores que seriam as condições mínimas de interação social, a igualdade entre homens e mulheres e a dignidade humana.

Decidindo a questão, a Corte considerou que a proibição do uso do véu integral, contida na legislação francesa, é compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois o legislador francês agiu motivado por preocupações securitárias. Ademais, entendeu que “o rosto desempenha um papel central na interação social, de modo que a sua ocultação pode ser considerada atentatória do direito (de terceiros) a desfrutar das condições favoráveis à interação social.” (SILVA, p. 21).

Entretanto, é de se questionar se a referida lei estaria em consonância com o estado democrático de direito, que garante o exercício dos direitos fundamentais do indivíduo, no

¹ ASSEMBLÉE NATIONALE. Projet de Loi n° 2520. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2520.asp>>. Acesso em 09 jul. 2018.

² ASSEMBLÉE NATIONALE. Rapport d'information n° 2262. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2262.asp>>. Acesso em 09 jul. 2018.

³ Disponível em: <http://www.loc.gov/law/help/france-veil.php>. Acesso em 10 jul. 2018.

caso, a expressão da religiosidade por meio do uso da burca. O que, de fato, significa a utilização da vestimenta?

3 A DEMONSTRAÇÃO DO SAGRADO - HIEROFANIA

A ideia das luzes que clareiam o breu da escuridão, da ignorância, e até da barbárie, foi projetada também para a questão religiosa, como forma clarear o pensamento dos crentes, moldando seu comportamento por meio da contenção dos instintos humanos em razão do temor da represália divina.

No entanto, conforme alerta Leonardo Arantes Marques, “quando estudamos as religiões ou universos sagrados, as filosofias e as ciências precisam tomar o máximo de cuidado de não reduzi-los aos nossos estreitos pontos de vista, acabando como cegos tateando um fenômeno complexo e julgando-o como simples.” (MARQUES, 2015, 7).

Marques leciona que foram os gregos que utilizaram, originariamente, a palavra religião com sentido ideológico, significando obediência e serviço ao estado romano, cabendo ao ‘religioso’ aceitar as “verdades” impostas pela religião abraçada. Mircea Eliade informa que os pensadores pré-socráticos fundaram a crítica racionalista da religião, e a partir das conquistas de Alexandre, o Grande, foram descritas as tradições religiosas dos povos orientais (ELIADE, 1992, p. 6). No entanto, segundo ele, a palavra religião não é adequada para designar a interpretação de todos os saberes humanos que se referem ao sagrado. O sagrado se manifesta como algo diferente do profano e sua manifestação denomina-se hierofania, ou seja, a revelação de algo sagrado. Assim, afirma o autor, que “a história das religiões – desde as mais primitivas às mais elaboradas – é constituída por um número considerável de hierofanias, pelas manifestações das realidades sagradas” (ELIADE, 1992, p. 13).

Marques, no entanto, aponta que religião é um termo útil, desde que se refira à experiência do sagrado, apresentando-se como uma “revelação com revalorização do sagrado” (MARQUES, 2016, p. 30-31). Essa revalorização é importante para a perpetuação e manutenção de qualquer religião e se mostra em “espaços mágico-simbólicos” expostos por ritos (batismo, comemorações, unções, festas, cantos, orações, etc.). Nesse sentido, a sacralidade de todo documento ou manifestação, revela uma hierofania, porquanto exprime uma modalidade de sagrado, “uma experiência do sagrado entre as inumeráveis variedades existentes”, em determinado momento histórico, além de demonstrar o posicionamento do indivíduo em relação a um ‘sagrado específico’. (ELIADE, 2008). Ressalta Mircea Eliade:

Quando o sagrado se manifesta por uma hierofania qualquer, não só há rotura na homogeneidade do espaço, como também revelação de uma realidade absoluta, que se opõe à não realidade da imensa extensão envolvente. A manifestação do sagrado funda ontologicamente o mundo. Na extensão homogênea e infinita onde não é possível nenhum ponto de referência, e onde, portanto, nenhuma orientação pode efetuar-se, a hierofania revela um “ponto fixo” absoluto, um “Centro”. (ELIADE, 2008, p. 17).

Além do local dedicado ao sagrado, que difere da ideia do profano, outros elementos identificam a fé do indivíduo e a religião que professam, a exemplo das vestimentas usadas por mulheres islâmicas (muçulmanas) – burca, niqab, hijab, xador – obrigatórias apenas segundo determinadas interpretações do Corão. O Islamismo, ensina Marques (2015, p. 461), faz parte das chamadas grandes religiões do mundo e “adveio de uma revalorização do sagrado de crenças antigas, dos deuses cultuados na Arábia antiga”. Já a palavra Islã (ou islam) significa “submissão, não uma submissão qualquer, mas submissão sem contestação à palavra de Deus inscritas no Alcorão”, ou seja, diferentemente do Judaísmo e do Cristianismo, cuja palavra foi “*inspirada* por Deus ao homem”, no alcorão a “Revelação do livro é de Deus, o Poderoso, o Prudentíssimo”. O livro foi revelado diretamente por Alá, o Deus Supremo, a Mohammad, Maomé – último mensageiro de Deus e último dos profetas –, a quem coube proclamar o Deus único e verdadeiro - o *Tawhid*, unidade de Deus -, e condenar o politeísmo – *shirk* -, como pecado sem perdão. No entanto, conforme aponta o autor, ao contrário do estigma existente acerca do islã, ele é tolerante com outros cultos e conclama o respeito a todas as formas de veneração ao sagrado (MARQUES, 2015, p. 560-563). Há várias interpretações das lições existentes no alcorão e ao longo do tempo surgiram diversas crenças, baseadas na interpretação feita.

Na década de 60 iniciou-se movimento de emigração muçulmana da Turquia e norte da África para a Europa, verificando-se, com isso, a necessidade de adaptação da fé islâmica e seus ritos com a vida secular moderna dos países ocidentais, que acolhiam os muçulmanos. Nesse contexto, o estudioso islâmico, Tariq Ramadan, exilado na Suíça, buscando a integração islâmica, afirmou a possibilidade de concomitantemente ser muçulmano e americano, ou europeu, pois “religião e cultura nacional são conceitos isolado, e um muçulmano tem o dever não apenas de respeitar as leis do país onde vive, como também ‘contribuir, onde estiver, para o bem e a igualdade entre os humanos’.” Ramadan incentivou a interpretação das escrituras sagradas – o alcorão e a suna – levando-se em consideração o “contexto cultural em que estão inseridos, assumindo a responsabilidade por sua religião”, como forma de promover a compatibilidade entre as questões islâmicas e a cultura ocidental (WERNER, 2016, p. 291).

A utilização da burca, ou qualquer outra vestimenta, representa uma hierofania, ou seja, a manifestação do sagrado, da fé que a pessoa professa, exposta pelo traje por ela utilizado.

Caberia, então, o país intitulado laico, impedir a manifestação individual da religião, por meio da proibição da utilização, em espaço público, da indumentária representativa da religião islâmica? Seria cabível a limitação do direito fundamental do indivíduo, previsto na Constituição ou configuraria um cerceamento na liberdade da pessoa de liberdade de pensamento/religião? A existência de uma lei que impede essa manifestação se amolda ao estado de exceção, aludido por Giorgio Agamben que será visto a seguir.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DE EXCEÇÃO

A questão da cidadania envolve a relação entre a sociedade e o Estado e o comportamento dos indivíduos nesse universo. O conceito de cidadania, segundo esclarece Víctor Manuel Durand Ponte (2010), envolve o conjunto de direitos e obrigações dos atores que constituem a sociedade e é o marco normativo e institucional que contribui para a organização dessa instituição. Os direitos sociais inerentes à cidadania de determinada sociedade são reguladas de acordo com as interações sociais e políticas, advindas da cultura política dos cidadãos, da racionalidade administrativa e do arranjo institucional.

Significa que os cidadãos se comprometem a observar as regras estatuídas nas Constituições e normas aprovadas conforme os procedimentos legais. Nesse âmbito, diz o mexicano, que os elementos básicos do estado de direito compreendem *i)* os direitos fundamentais – que garantem a liberdade do indivíduo; *ii)* a divisão de poderes, necessária para o controle do poder pelo poder e, por fim, *iii)* a segurança jurídica no exercício do direito individual e coletivo, ou seja, em suas relações privadas e institucionais.

O estado de direito, conforme enfatiza Ponte (2010), deve refletir o consenso sobre o papel do direito na sociedade, da necessidade de que os cidadãos aceitem as normas estabelecidas, ainda que em alguns casos essa norma possa ser contrária ao interesse particular do cidadão.

A norma deve ser geral, valer para todos (princípio da igualdade), sob pena de não cumprir a condição central que lhe dá vida, qual seja, a de conferir segurança jurídica. No entanto, a igualdade formal deve estar em consonância com a igualdade social, de forma a diminuir para limites toleráveis, por meio do desenvolvimento de políticas públicas adequadas, as diferenças existentes no seio da sociedade.

Essa ideia remonta às teorias contratualistas em que os indivíduos abrem mão de sua liberdade em prol do convívio em comunidade, de forma que todos possam conviver em uma comunidade saudável, ou seja, em uma sociedade em que hobbesianamente troque-se liberdade por segurança. (MATOS, 2003).

José Adércio Leite Sampaio aponta que no liberalismo os indivíduos firmam esse contrato social para fundar a sociedade e definir as estruturas políticas, assumindo *status* de cidadão contando, em consequência, com a proteção de seus direitos civis. Já no neocontratualismo, há a ideia de uma posição original, ocupada por pessoas razoáveis, que, sob o véu da ignorância, definem os critérios de justiça que serão aplicados nas instituições políticas, a exemplo da máxima liberdade e sua prevalência sobre a igualdade.

O constitucionalista aponta que, diferentemente, no comunitarismo prevalece a comunidade com seus aspectos e interesses (históricos, institucionais e tradicionais) e ela acolhe o indivíduo, que passa a pertencer eticamente à comunidade. Não se trata, portanto, de relação contratual e sim de pertencimento. Assim, para os comunitarista, três aspectos devem ser combatidos: o *antropológico*, o qual significa que o indivíduo faz parte do contexto social, sendo precedido pela cultura e tradição; o *normativo*, segundo o qual os direitos dos indivíduos, bem assim sua identidade devem ser considerados como valores culturais reconhecidos na sociedade em que está inserido e, por fim, o aspecto *sociológico*, em que os liberais reforçam o egocentrismo dos indivíduos em detrimento da integridade da ordem social, o que pode acarretar no comprometimento da definição de sua identidade.

Em relação à liberdade para os liberais, predomina uma concepção negativa já que o “indivíduo é titular de uma autonomia indevassável”, de forma que não cabe ao Estado ou à sociedade “impor uma determinada concepção de vida boa, sequer interferir na definição individual de bem.” Assim, caberia ao direito e à política garantir a máxima autonomia das pessoas, possibilitando que elas exercitem sua “capacidade de autodeterminação.” (SAMPAIO, 2013, p. 174).

Acerca da liberdade individual, Sampaio destaca o caráter negativo desse direito, vez que é pleiteado em face do Estado em prol da esfera privada, sendo denominado por Georges Burdeau como “liberté-autonomie”, ou “liberté individuelle”, como subcategoria do direito, no âmbito de uma matriz liberal. Desde a Constituição Francesa de 1791, esses direitos – “direitos dos cidadãos” ou “direitos políticos” –, já eram reconhecidos com o mesmo sentido de direitos individuais. (SAMPAIO, 2013, p. 545).

A liberdade é direito subjetivo atribuído ao indivíduo dotado de *status* de pessoa e compõe os direitos fundamentais que, na lição de Juan José Solozabal Echavarria, são os

direitos que “reconhecem faculdades referentes ao âmbito vital do indivíduo e sua própria liberdade, relações sociais ou participação política, imprescindíveis para seu desenvolvimento como pessoa e que derivam de sua própria dignidade.” Apresentam dimensão subjetiva e objetiva e constituem elementos essenciais para a ordem jurídico-político geral. São condicionantes para a democracia como sistema político. Observa o autor que é impensável a formação democrática da vontade do Estado sem o exercício dos direitos de liberdade, inclusive de pensamento. Ressalta o autor que os direitos fundamentais consistem em normas principais que se referem a todo o ordenamento jurídico. (ECHAVARRIA, 1991, p. 87-89, tradução livre).

Sampaio (2013, p. 583) explica que a doutrina alemã define o núcleo ou conteúdo essencial intangível de direito fundamental que não pode ser afetado pela atividade regulamentadora e o dever de promover esse direito, dentro de determinado limite, decorre da ordem de valores substantivada nas normas de direitos. Assim, não se trata de direitos inatos ou decorrentes das necessidades humanas, mas “exigência de funcionalidade do sistema constitucional, seja ele interpretado de forma liberal, seja ele analisado de modo democrático ou republicanista”.

Ressalta o autor que para os institucionalistas liberais os direitos têm a função de promover a liberdade, enquanto para os institucionalistas democráticos “os direitos são apresentados como funtores ou instrumentos de promoção de uma sociedade democrática” e, tanto em uma matriz como na outra, para garantir a funcionalidade do sistema jurídico-político “é necessário que haja o reconhecimento de um *status* de liberdade e igualdade (pelo menos formal) aos seus membros”, pois o indivíduo encontra-se no seio da sociedade, buscando identificar-se a seus pares, necessitando, para tanto, de liberdade ou autonomia tanto para expor suas diferenças, quanto para buscar suas simetrias e igualdades. Diz ele:

O direito constitucional acolhe essas aspirações, sentimentos e visões, essas pretensões de identidade e diferenciação, com o nome de liberdade ou liberdades, atribuindo a elas uma série de consequências jurídicas. O que move o direito constitucional a fazê-lo é uma ideia sobre o que deve ser ou perseguir a sociedade, o Estado e o direito. Seja como for, aqueles comportamentos sociais (de diferença, simetria, igualdade) são valorados, segundo uma ideia de justiça, e constitucionalmente positivados como direitos fundamentais. Reúnem-se assim aspectos da realidade ou do que existe (o indivíduo dentro da sociedade), segundo uma matriz ideológica ou “ideia reguladora” (liberal, democrática, o que for), *transformando-os* em normas constitucionais, que requerem, via de regra, maior desenvolvimento legal, de modo a compor um “complexo normativo”. Como assinala Haberle, a dimensão institucional da liberdade existe “precisamente no Direito porquanto ela é constituída pela Direito, isto é, por meio do Direito constitucional e legal, adquirindo sua *forma* no Direito.” (SAMPAIO, 2013, 583-584, grifos no original).

Significa que a liberdade é definida e conformada institucionalmente e, juntamente com os direitos fundamentais, compõe os direitos de participação “no e dentro do Estado constitucional”, ou seja, o “modelo constitucional do Estado é condição de possibilidade dos direitos”, estes que são “instrumentos de promoção da vida liberal ou democrática” e por isso mesmo devem conviver em harmonia com os demais “valores comunitários”.

Sampaio ainda aponta o desdobramento do aspecto objetivo dos direitos refletido nas garantias institucionais, que correspondem a direitos fundamentais e se prestam à proteção de determinadas instituições públicas contra a intervenção do Estado, assinalando que coube a Schmitt observar a existência dessa garantia institucional, embora o filósofo distinguisse direitos fundamentais e garantias institucionais. “O sentido que Schmitt atribuíra a tais categorias”, ensina o autor, “dá-lhes as características de garantia – que existe somente dentro do Estado e se baseia numa instituição juridicamente reconhecida a serviço de certas tarefas ou fins –, contra a supressão legislativa”. Assim, embora possam gerar direitos subjetivos, sua função primordial é atender a um interesse público determinado. (SAMPAIO, 2013, p. 584).

Carl Schmitt afirma que o conceito de Estado pressupõe o conceito de política e o político não se refere a exercício binário, relacionado à ética (antítese bom/mal), à estética (bonito/feio), ao econômico (rentável/não lucrativo), mas reside sempre na antítese amigo/inimigo. Acerca do conceito do político, Schmitt, referido por Bernardo Ferreira, aponta que “todos os conceitos, representações e vocábulos políticos têm um sentido polêmico; eles têm em vista um antagonismo concreto, estão ligados a uma situação concreta cuja consequência última é um agrupamento amigo-inimigo”. (FERREIRA, 2004, p. 37).

O interesse pela obra de Schmitt tem crescido em razão da importância de sua interpretação acerca do estado de exceção, principalmente considerando as atuais condições do universo jurídico e político que as democracias ocidentais vêm apresentando. Para Giorgio Agamben, há um vínculo entre os conceitos expostos na “Teologia política (1922)” e “Ditadura (1921)” de Schmitt, o que se verifica, principalmente, na distinção feita entre a ditadura comissária e a ditadura soberana, na qual Schmitt expõe o conceito de soberania como núcleo de suas considerações sobre a relação entre política e direito. A descrição de Schmitt seria, para Agamben, uma “profecia”, um “paradigma” de uma forma de governo que além de atual, permanece em pleno desenvolvimento. (AGAMBEN, 2004, p. 53).

O estado de exceção aparece na figura da ditadura no qual é permitida a suspensão do direito, sendo, no entanto, essencial que haja a garantia de relação com a ordem jurídica. Schmitt tipifica a ditadura de duas formas: *i*) comissária – “que visa defender ou restaurar a

constituição vigente”, e *ii*) soberana – “na qual, como figura da exceção, ela alcança, por assim dizer, sua massa crítica ou ponto de fusão (AGAMBEN, 2004, p. 54). Em ambos os casos, refere-se a um contexto jurídico, pois “o estado de exceção é sempre algo diferente da anarquia e do caos, mesmo não sendo uma ordem jurídica.” (SCHMITT, apud AGAMBEN, 2004, p. 54).

Possibilitar a articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica é o ponto fulcral da teoria schmittiana, porquanto o autor afirma a existência de uma ordem jurídica, mas esta não se aplica.

Bernardo Ferreira (2004, p. 103) lembra que "a ditadura é pensada em Schmitt como um instituto do direito público cujo conteúdo, alcance e competência, em última análise, não podem ser delimitados juridicamente". Apresenta-se, portanto, como força atuante no limite da vida política, sendo que a ditadura comissária atua fora dos limites da lei para a preservação da norma. Dessa forma, a ditadura é instrumento que busca a conciliação da norma e da realidade, não se prestando a destruir a ordem normativa.

A não aplicação da norma constitucional pode ocorrer em duas situações distintas: quando se trata da ditadura *comissária* há suspensão da norma constitucional com vistas a defender sua existência, criando condições que permitam aplicar o direito. Significa dizer que na ditadura *comissária* há uma submissão integral entre a “norma e as regras técnico-práticas que presidem sua realização”, ou seja, “a constituição pode ser suspensa quanto à sua aplicação, ‘sem, no entanto, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão significa unicamente uma exceção concreta’.” A segunda situação, qual seja, a ditadura *soberana*, a suspensão da constituição vigente visa “principalmente a criar um estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição”, inserindo o estado de exceção na ordem jurídica com fundamento na distinção entre poder constituinte e poder constituído. (AGAMBEN, 204, p. 55).

Na ditadura comissária o que se verifica é uma autonomia existente entre o momento da aplicação concreta da norma existente e a própria norma já fixada, de forma que esta norma permanece em vigor, mas tem sua eficácia suspensa (SCHMITT, 1921). Diferentemente, na ditadura soberana, a norma constitucional já não mais existe e a nova ordem constitucional, do poder constituinte, apresenta-se minimamente, ou seja, “um estado da lei em que esta se aplica, mas não está formalmente em vigor.” (AGAMBEN, 204, p. 55).

Bignotto (2008) aponta que a ditadura soberana é o “verdadeiro problema”, pois indica que a “ordem legal colapsou e não pode nem mesmo ser dita com algo em suspenso” e o “ditador é o soberano em sua força máxima, mas também em sua máxima indeterminação.”

Ao se apoiar em Sieyès, que estabeleceu a distinção entre o poder constituinte e o poder constituído, aquele se referindo à nação em sua integralidade e este dispendo acerca da vida cotidiana dos cidadãos, Schmitt defende que a nação deve ter primazia, pois permite afirmar o desejo implícito no gesto dos constituintes de união em torno de uma ordem política, evitando-se a vaguidade e obscuridade que poderia surgir se prevalecesse o elemento povo. Segundo ele, a nação expressa a vontade política unitária de um povo e, por isso mesmo, determina a completamente a vida política, caracterizando a exceção quando não possui qualquer determinação jurídica.

No entanto, Schmitt não considera os direitos humanos como fundamento da Constituição, podendo-se concluir que no pensamento dos autores – Schmitt e Sieyès – não prevalece a convergência inicialmente deduzida. Em seu livro *Politische Theologie*, Schmitt abandona a distinção entre poder constituinte e poder constituído e a substitui pelo conceito de decisão, o que ocorreu, segundo Agamben, em função da crítica benjaminiana⁴. (AGAMBEN, 2004, p. 86).

Em relação aos dois modelos de ditadura – comissária e soberana –, Bignotto assinala que a dificuldade estaria nas diferenças conceituais existente entre ambos, que não se reproduzem faticamente: “não há como colocar um limite à ação do ditador, pois senão ele não seria um, e, portanto, no terreno dos fatos, não há como impedir que uma forma de ditadura se transforme em outra”. (BIGNOTTO, 2008, p. 413).

Certo é que, na doutrina schmittiana, o soberano, que se encontra fora da ordem jurídica, mas pertence a ela, pode decidir dentro do estado de exceção e determinar a suspensão da ordem constitucional: “*Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer*” é a ideia transmitida no estado de exceção, demonstrando, assim, o paradoxo “*êxtase-pertencimento*.” (AGAMBEN, 2004, p. 57, grifos no original).

A teoria schmittiana não pretendeu inovar na ideia do significado de soberania ou sua ligação com o problema da constituição. Buscou, outrossim, focar nos casos limites relacionados à problemática dos meios de efetivação da vontade do decisor, o soberano, nas decisões que se referem aos aspectos relacionados à vida política (v.g. segurança, interesse público) e que são tratados como exceção. Nesse sentido, leciona Bignotto:

Schmitt alinha três conceitos diferentes e os toma como ponto de partida de qualquer reflexão que queira dar conta não apenas das condições da vida normal, mas da vida em comum em toda sua extensão; são esses conceitos: soberania, exceção e decisão. Com essas ferramentas, um pensamento que queira estar em sintonia com o que ele

⁴ O espaço deste artigo não permite abordar o debate entre Walter Benjamin e Carl Schmitt sobre o estado de exceção. Remete-se o leitor para o livro “Estado de Exceção”, de Giorgio Agamben.

chama de "filosofia da vida concreta", poderá enfrentar o desafio de se lidar com os casos de exceção, que no fundo são para nosso autor, os únicos que importam. (BIGNOTTO, 2008, p. 407).

A definição do estado de exceção em Schmitt é, então, “o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade”, significa dizer que, nesse ponto, há “um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa.” Apesar dessa tensão e em virtude dela, conforme aponta Agamben (2004), os dois elementos do direito – norma e decisão – estão intimamente ligados, coesos:

Na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma (“deve-se criar a situação em que possam valer [*gelten*] normas jurídicas”). O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível sua aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real. (AGAMBEN, 2004, p. 57, grifos no original).

A doutrina schmittiana justifica a suspensão do direito, em caso de exceção, em prol da autoconservação do Estado, pois segundo o germano a “decisão se libera de toda obrigação normativa e torna-se absoluta em sentido próprio.” (BIGNOTTO, 2008, p. 406).

É possível observar, então, que eficácia de lei e força de lei apresentam, por conseguinte, significados distintos, pois enquanto a *eficácia* “decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos”, a *força de lei* é “conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico”, ou seja, em algumas situações terá força superior à lei e, em outras, inferior, a exemplo da constituição no primeiro caso e de decretos e regulamentos no segundo.

Em relação especificamente aos decretos promulgados pelo executivo, o sintagma *força de lei* se refere aos casos relacionados ao estado de exceção, no qual a aplicabilidade da norma (do decreto) adquire uma aplicabilidade que não teria em sentido técnico, ou seja, adquire uma força que seria conferida especificamente à lei. No estado de exceção, a questão não é, portanto, a confusão entre os poderes, mas tem aporte técnico na expressão da *força de lei* em relação à própria lei. Explica Agamben que o estado de exceção “define um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem “força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força.” Essa força de lei, segundo o autor, “flutua como elemento indeterminado” que é manejado pela autoridade estatal, em ambas as ditaduras – comissária e soberana. Assim, há um espaço de anomia em que se verifica “uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei)”, pois

nesses casos “potência e ato estão separados de modo radical” como se fosse um “elemento mítico” ou “uma ficção por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia.” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Conclui o italiano:

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de ~~lei~~ (isto é, aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar a norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real. (AGAMBEN, 2004, p. 63).

Bignotto (2008) tece uma crítica ao entendimento de Schmitt que, nos textos nos quais se refere a soberania e exceção, despreza a figura do legislador. Schmitt se preocupa em demonstrar o fato de que o direito não “dá conta” das situações que ocorrem nas sociedades atuais e que ameaçam sua identidade jurídica, mas não chega a avaliar os riscos que a exceção impõe aos regimes que buscam a defesa da liberdade, como direito de todos os indivíduos.

Nesse sentido, Agamben ressalta que "um dos caracteres essenciais do estado de exceção, - a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário-, mostra sua tendência a transformar-se em uma prática durável de governo", o que coloca em risco os direitos individuais já previstos na norma constitucional. (AGAMBEN, 2004, p. 17).

A aplicabilidade do estado de exceção, na visão schmittiana, é esclarecida pela lição de Daniel Sarmiento:

O instrumento principal para preservar a decisão política fundamental é o “estado de exceção”. Quando o estado de exceção é decretado, a Constituição formal é suspensa, pelo menos em parte. Deixam de vigorar, por exemplo, as garantias da liberdade dos cidadãos. O governo passa a dispor de meios excepcionais para proteger e reafirmar a decisão política fundamental. Tem lugar uma “autoridade ilimitada”, e a vontade do soberano prevalece sobre as “leis constitucionais”. O objetivo é promover a “manutenção” e a “subsistência” do regime instituído, não transformá-lo. O contexto criado pela decretação do “estado de exceção” pode até ser utilizado para se tomar uma nova “decisão política fundamental”. Mas, então, haverá uma nova Constituição, descompromissada com a anterior. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, P. 190-191).

Schmitt, como sabido, apoia o regime nazista, sendo fácil concluir que para ele era justificável a suspensão da norma constitucional e, ainda mais, a supressão dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Decorridos anos desde o trágico regime totalitário, ainda hoje, em sistemas democráticos, constata-se o estado de exceção, ainda que a roupagem possa parecer diferente. Entretanto, a supressão de direito fundamental, a qualquer tempo, por si já é causa para se

questionar se o governo está agindo em caráter de exceção. E nos aspectos relativos à religião? Vislumbra-se esse panorama?

5 O ESTADO DE EXCEÇÃO E O LAICISMO (*LAÏCITÉ*)

Em conferência pronunciada por Agamben em 2005, ele afirma que o livro *Stato di Eccezione* cativou a atenção do público e que o fenômeno relativo ao estado de exceção somente pode ser compreendido se analisado como tecnologia de governo, pois não pode ser um fim ou um objetivo em si mesmo, cabendo investigar a natureza e a estrutura do governo em que se verifica. Nesse sentido, o autor salienta que deve ser questionado “em que forma de governo se inscreve o estado de exceção, ou melhor, qual é a ontologia dos atos de governo que corresponde ao estado de exceção?” (AGAMBEN, 2014).

O italiano discorre sobre a relação entre economia e religião (*oikonomia*, teologia cristã, providência – forma que a *oikonomia* adota quando se apresenta como um governo do mundo – e seu duplo caráter, universal refletindo no particular), para concluir que há governo quando existe uma relação entre os dois níveis de atividade do poder: geral e particular. O governo no ocidente, então, seria uma “máquina bipolar”, pois se funda e se legitima na impotência de um soberano de gerir os atos nos níveis geral e particular. Cabe ao governo coordenar e articular a providência geral e particular.

O filósofo aduz, com base em comentarista aristotélico, que “o mal é um efeito colateral do governo divino no mundo” e como o que é divino é bom, o mal “é um efeito colateral do bem”. Seria, então, um “efeito colateral calculado”. Agamben, então, propõe que o “efeito colateral é a forma paradigmática de todo ato de governo” que significa o “paradigma autêntico da moderna racionalidade governamental”, segundo os teólogos que adotam essa tese. (AGAMBEN, 2014, p. 34-35). Explica o autor:

Segundo esta racionalidade, cada ato de governo se dirige para um fim primário e mais geral, mas terá necessariamente efeitos colaterais, que os estrategistas estadunidenses chamam de *colateral damages* e que podem significar a morte de muitos homens e a destruição de uma cidade inteira. A forma pura do ato de governo é um limiar de indistinção entre o geral e o particular, o primário e o secundário, o voluntário e o involuntário, o reino e o governo. A forma paradigmática de todo governo é o efeito colateral. Aqui me parece que há uma analogia com a estrutura do estado de exceção, que é também um limiar no qual se faz impossível distinguir entre o reino e o governo, entre a lei e a sua ausência, a anomia. Parece-me que, nesta perspectiva, o estado de exceção é algo assim como uma forma pura do ato de governo levada ao extremo. (AGAMBEN, 2014, p. 36-37).

Conclui o filósofo italiano, analisando a questão a partir do aspecto religioso (*oikonomia* trinitária ou teológica) que há, na política da história ocidental, uma divisão e

conexão entre dois aspectos relativos ao poder – “o reino e o governo, a soberania e a administração, o Pai e o filho, a teologia e a economia” –, cujo problema é a conciliação entre os dois níveis. Para ele, a divisão dos poderes (*balance of powers*) verificada no seio da democracia, apresentar-se-ia como a “tentativa de unir em uma estrutura sólida” os paradigmas teológicos da política ocidental, possibilitando fundar o governo na soberania, a ordem na lei, a economia no direito e a legalidade na legitimidade. Por isso mesmo, a democracia mostra-se frágil, pois oscila entre os poderes anárquicos herdados da teologia cristã. Daí a necessidade de compreensão da teoria do governo e do estado de exceção para entender como funciona a máquina governamental e inovar no espaço político. (AGAMBEN, 2014, p. 38-39).

De fato, na atualidade, o estado de exceção tem sido aplicado no âmbito das democracias ocidentais, por vezes dissimuladamente e, em outros casos, em expressa demonstração da aplicação da excepcionalidade para controlar situações de crise.

Segundo Zygmunt Bauman (2016) a ideia de crise denotava a escolha do médico quanto ao tratamento adequado para convalescência do paciente. Seu significado, no entanto, está relacionado à incerteza quanto às decisões a adotar e na necessidade de optar por medidas pertinentes aplicáveis com presteza. Ou seja, “a conjunção de um diagnóstico e um chamado à ação.” Neste estado de coisas, em se tratando de crise no âmbito estatal, caberia ao Estado escolher o caminho a seguir, pois está equipado com os recursos indispensáveis, quais sejam: o poder, que garante a capacidade conduzir ao fim almejado, e a política, que indica a habilidade de decidir a forma de o fazer. Entretanto, o caminho a ser seguido não pode limitar o direito fundamental à liberdade, inclusive no que respeita à religião.

Conforme leciona Flávia Piovesan, há uma duplicidade no princípio da laicidade estatal que protege e tutela os ideais de fé das diversas crenças e circunscreve uma esfera estatal livre das influências religiosas. Por isso, “é fundamental fomentar o Estado laico como instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e dos direitos.” Nos Estados em que há a separação entre Estado e religião, todas as religiões devem ser igualmente consideradas, com o mesmo respeito. Significa, nas palavras da autora, que inexistente “uma religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, abolindo a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural.” (PIOVESAN, 2017, p. 343).

Ao contrário do fomento à laicidade, a proibição, na França, da utilização da burca pelas mulheres que seguem uma vertente do islamismo, mostra-se como exemplo de tratamento discriminatório e de aplicação atual do estado de exceção. A limitação imposta pela Lei Francesa nº 1.192/2010, portanto de hierarquia inferior à Constituição, evidencia a

suspensão do direito individual à liberdade de pensamento (religioso) para prevalecer a regra legal estabelecida na “Lei da burca”, que teve como fundamento a segurança do Estado.

A lei é uma reação coletiva, engendrada pela violência que a sustenta, ou seja, aquele que cobre o rosto personifica o inimigo, o fundamentalista que pode ‘atacar a sociedade’. No entanto, a discriminação religiosa por meio do impedimento de utilização da indumentária própria da crença, não se mostra o caminho ideal para afastar a ameaça à sociedade de incidentes advindos de ações terroristas atribuídas aos seguidores do islã. Ao contrário, sua proibição por lei é uma violência contra as mulheres islamitas.

Conforme pontou Freud “a lei aparece como a continuação da violência por outros meios”, sob o monopólio do estado, como uma mercadoria ou recurso limitado, administrado soberanamente. Nesse sentido, o conceito de poder é não jurídico e não se funda em nenhum contrato social, ideia defendida também por Michael Foucault. Para ambos, no triunfo da lei se vislumbra a continuação da guerra e da violência, refletidos nas desigualdades econômicas e sociais promovidas por instituições de dominação, amparadas pelo Estado. Sampson aponta que tanto para Freud como para Foucault,

a relação entre a lei e a violência, a paz e a guerra implica a necessidade de repensar a história em termos da relação que, em um determinado momento, detém entre dois sistemas: por um lado, uma organização jurídica formal de direito público, que não é mais do que uma aparência superficial ou uma máscara, ou seja, em termos de Freud, uma realização de formação, uma pura hipocrisia social; por outro lado, um rigoroso sistema de coerção disciplinar, que é a verdadeira face do poder como continuação da guerra por outros meios. (SAMPSON, 2005, p. 89, tradução livre).

Embora não haja uma guerra declarada, o governo francês, ao invocar a segurança do país, restringe a liberdade de pensamento, de religião, em exposição do laicismo que impera na França, derogando, implicitamente, a norma constitucional que prevê a “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Significa que o próprio Estado não obedece a norma maior e a desrespeita, em franca demonstração de autoritarismo, discriminação religiosa e intolerância. Nesse sentido, cabe retomar a lição de Sigmund Freud exarada no texto “Pensamentos para os tempos de guerra e de morte”, de que o Estado não pode ser professor de ética porque ele próprio não é ético e nem nunca será. Embora o Estado exija que seus cidadãos apresentem elevados padrões morais, com observância das normas e sacrifício dos indivíduos, ele próprio (Estado), demonstra seu desejo de poder ao descartar valores da lei e da justiça em prol de um suposto patriotismo. (SAMPSON, 2005).

Ao editar uma norma que restringe direitos fundamentais, o Estado francês utiliza da lei, que é o poder da comunidade, para aplicá-la contra membros da mesma comunidade.

Significa, neste caso, que a lei é “violência, pronta para ser dirigida contra qualquer indivíduo que resista a ela; ela funciona pelos mesmos métodos e segue os mesmos propósitos, a única diferença real reside no fato de que o que prevalece não é mais a violência de um indivíduo, mas a de uma comunidade”, pois as mulheres que expõem sua religião sofrerão, além da limitação de seu direito de liberdade, as penas previstas para o descumprimento do mandamento legal. (SAMPSON, 2005, p. 91).

A Lei nº Lei Francesa nº 1.192/2010, estabeleceu regras que se prestam a verdadeira renúncia forçada ao direito do indivíduo de demonstrar sua religião em prol da segurança da comunidade e, como soi ocorrer, neste caso também, os elementos de força são desiguais, cabendo à minoria ceder. Nesse sentido, “a justiça da comunidade, então, torna-se uma expressão dos graus desiguais de poder que se obtêm dentro dela; as leis são feitas por e para os membros do governo e encontram pouco espaço para os que estão em sujeição.” Com essa premissa, as mulheres seguidoras do islã, reconhecida minoria, devem trocar sua liberdade constitucional de manifestar sua religião, em nome da segurança do Estado, pois aquele que cobre o rosto pode ser o ‘inimigo’.

Nessa guerra encriptada, verifica-se um eclipsamento democrático em prol da aplicação das regras da exceção. A comunidade é fraturada pela via do gueto, da tribo ou da religião, com o intuito de construir sociedades etnicamente homogêneas, em que são extirpados supostos fundamentalismos religiosos ou ódios étnicos. Aqui, aplica-se o pensamento de Freud de que a ideia do Estado de inculcar valores éticos é falsa, ou nos dizeres de Schmitt, o estado é hipócrita e dissimula sua amoralidade (para ele, necessária) exibida na análise final que demonstra a inevitabilidade de guerra (aqui entendido como lutas, disputas) em que a distinção amigo/inimigo é decisivo. (SAMPSON, 2005).

Sobre todos os aspectos que se analise, a privação da liberdade religiosa das seguidoras do islã que residem na França, demonstra a aplicação do estado de exceção que retira direitos constitucionais de uma minoria para supostamente proteger a maioria. Como afirma Piovesan (2017), os grupos religiosos, em uma sociedade democrática, têm direito de “construir suas identidades em torno de seus princípios e valores”, pois as religiões “são sistemas abertos, dinâmicos e mutáveis” e as práticas a elas concernentes devem ser garantidas, como forma de estimular a convivência com a diversidade e a pluralidade de interpretações, respeitando-se, sempre, os direitos fundamentais.

Os valores que fundam a República Francesa, no caso, a liberdade, foram suspensos para que fosse retirado o direito de uso da burca nos espaços públicos da França. Significa um retrocesso quanto ao direito fundamental, justificado pelo combate ao terrorismo,

evidenciando a incompetência das nações ocidentais para solucionar a questão, com respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A laicidade estatal supõe a separação entre Estado e religião, garantido a liberdade de expressão, bem como a liberdade de religião dos indivíduos, sem a interferência nas questões de Estado. Da mesma forma, não cabe a ingerência do Estado quanto à escolha do credo a ser professado pelo indivíduo, nem tampouco sobre a forma de manifestar sua religiosidade.

A França, estado laico, por meio da Lei nº 1.192/2010, limita a expressão religiosa de seguidoras do islamismo, na medida em que prevê a aplicação de sanções, inclusive pecuniária, para as mulheres que usarem roupas que cubram suas faces (burcas, niqab, etc.) em espaço público. Argumenta a utilização de véu integral ameaça os valores da República Francesa e, além disso, favoreceria a ação de fundamentalistas religiosos.

A utilização da burca, ou qualquer outro modelo de vestuário ligado à religiosidade, é uma espécie de hierofania, ou seja, revelação do sagrado e, nessa condição, deve ser tolerado e respeitado, porquanto é uma questão de direito fundamental dos atores que compõe a sociedade na qual está inserido. A liberdade de expressão da religiosidade, nesse contexto, é conteúdo essencial intangível que não pode ser afetado pela atividade regulamentadora do Estado, a qual cabe a promoção do direito, ou seja, promover a compatibilidade entre as questões islâmicas e a cultura ocidental, em decorrência da ordem de valores substantivada nas normas constitucionais dos países democráticos.

A proibição do uso (ou sua limitação ao espaço privado) configura o estado de exceção apontado por Agamben, no qual a pretexto de se defender a sociedade, retira-se direito subjetivo dos indivíduos. A norma constitucional continua vigente, a liberdade é garantida, mas excepciona-se o direito do indivíduo ao limitar o espaço de liberdade da expressão religiosa para dentro do espaço privado.

Verifica-se a aplicação da teoria schmittiana do estado de exceção, uma vez que a suspensão do direito das mulheres muçulmanas é restringido em prol da pretensa autoconservação do Estado, havendo apenas uma força de lei constitucional - garantia da liberdade –, que não tem eficácia quando se trata do espaço público. E, nesse sentido, a “Lei do véu islâmico” apresenta força superior à previsão constitucional, configurando a aplicação do estado de exceção como regra, quando deveria se tratar de eventual excepcionalidade.

Percebe-se que a lei francesa que pretende coibir o terrorismo de ordem religiosa e dar segurança à sociedade acaba por cometer outra violência contra a minoria de muçulmanas residentes na França e, assim, dá continuidade a uma guerra tácita que se reflete nas desigualdades culturais e sociais promovidas por instituições de dominação e validadas pelo Estado.

A sociedade justa e igual não se constrói pela via da exclusão e da discriminação. Cabe ao Estado democrático atuar como modelo para os indivíduos, observando as normas que promovem a integração e elimine, tanto quanto possível, as diferenças existentes entre seus cidadãos, inclusive quanto ao aspecto religioso. Isso inclui o exercício da tolerância quanto ao diferente e o respeito às práticas relacionadas a crenças adotadas por uma minoria.

A segurança e o patriotismo não podem servir como fundamento para se estabelecer um ‘estado de exceção’ que aniquila direito fundamental do cidadão e, ao invés de estimular a convivência e a aceitação com a diversidade e a pluralidade, promove a discriminação e a intolerância.

Enfim, os ideais iluministas de liberdade, fraternidade e igualdade não podem ser bandeira que se altera conforme o vento que lhe agita as entranhas sociais. Cabe ao Estado democrático afastar a excepcionalidade que suspende direitos fundamentais e trabalhar para que prevaleça a tolerância e o respeito entre os cidadãos de uma mesma nação.

Conclui-se, portanto, que a Lei Francesa nº 1.192/2010 (Lei da burca) representa um retrocesso que incentiva a desavença e a intolerância, tratando-se de ‘estado de exceção’ no âmbito do estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: homo sacer II, I**. Trad. Iraci d. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção e genealogia do poder**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. nº 108, pp. 21-39. Belo Horizonte: 2014, jan./jun.
- ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. **Direitos humanos, imigração e diversidade: um estudo de caso sobre o uso do véu na França**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-11022015-074906. Acesso em 09 jul. 2018.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BIGNOTTO, Newton. **Soberania e estado de exceção no pensamento de Carl Schmitt**. Kriterion. Belo Horizonte, nº 118, Dez/2008, p. 401-415. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007>. Acesso em 10 jul. 2018.
- CATÃO, A., TENÓRIO DE AMORIM, F.. O Pragmatismo Legal de Holmes e sua Interpretação da Liberdade de Expressão: o Uso da Burca como um Problema da Liberdade

de Expressão Religiosa. **Revista Thesis Juris**. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/474>>. Acesso em: 09 Jul. 2018.

COSTA E SILVA, GUSTAVO JUST DA. A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proibição do véu islâmico integral na legislação francesa (acórdão de 1º de julho de 2014): uma análise estratégica das escolhas argumentativas. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1886/1541>. Acesso em 09 jul. 2018.

ECHAVARRIA, Juan José Solozabal. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Num. 71. Enero-marzo, 1991, p. 87-110. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27093>>. Acesso em 12 jul. 2018.

ELIADE, MILCEA. **Tratado da história das religiões**. Trad. Fernando Tomaz, Natália Nunes. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ELIADE, MILCEA. **O sagrado e o profano**. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo horizonte: Editora UFMG, 2004.

GUÉRIOS, Vivian Mendes; KAMEL, Antoine Youssef. **A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proibição do véu islâmico integral na legislação francesa**. Disponível em <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/104/pdf>>. Acesso em 09 jul. 2018.

HACKETT, CONRAD. **5 facts about the Muslim population in Europe**. Disponível em: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/11/29/5-facts-about-the-muslim-population-in-europe/>. Acesso em 09 jul. 2018.

MARQUES, Leonardo Arantes. **História das religiões e a dialética do sagrado**. ed. ver. e atual. São Paulo: Ideias & Letras, 2015.

MATOS, Olgária. **Modernidade: república em estado de exceção**. REVISTA USP, São Paulo, n. 59, p. 46-53, setembro/novembro 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTE, Víctor Manuel Durand. **Desigualdad social y ciudadanía precaria: ¿Estado de excepción permanente?** México: Siglo XXI: UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPSON, Anthony. **Freud on the State, violence, and war**. Project MUSE. **Scholarly journals online**. Disponível em <9dc6d724ada1b720d18601b745f0ae0d3642>. Acesso em 19 mar. 2018.

SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. O princípio da laicidade na sociedade global: estudo de caso da proibição do uso do véu islâmico na França. **Perspectivas do Discurso Jurídico: Novos desafios culturais do século XXI**. Org. Alejandro Montiel Alvarez, Anderson Vichinkeski Teixeira e Wagner Silveira Feloniuk. Porto Alegre, 2017, p. 60-91.

Disponível em: <[https://www.academia.edu/32053445/Perspectivas do discurso jur%C3%ADdico novos d esafios culturais do s%C3%A9culo XXI](https://www.academia.edu/32053445/Perspectivas_do_discurso_jur%C3%ADdico_novos_d_esafios_culturais_do_s%C3%A9culo_XXI)>. Acesso em 09 jul. 2018.

SLOTEDIJK, Peter. **No Mesmo Barco: Ensaio sobre a Hiperpolítica**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 70.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.