

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

**EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN**

**FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE**

**SAULO JOSÉ CASALI BAHIA**

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 Naspolini - 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 - IMED – 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

---

### **Apresentação**

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alexsandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIOSIDADE: O ENSINO RELIGIOSO COMO CLÁUSULA DO CONTRATO SOCIAL**

## **FUNDAMENTAL RIGHT TO RELIGIOUSNESS: RELIGIOUS EDUCATION AS A CLAUSE OF THE SOCIAL CONTRACT**

**Rogério Piccino Braga  
Diomar Francisco Mazzutti**

### **Resumo**

A pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes. A liberdade religiosa é uma delas e como revisar tais cláusulas é o móvel deste trabalho.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Liberdade religiosa, Contrato social, Minorias, Ensino religioso

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The little affinity that Brazilian constitutionalism holds with certain freedoms, undoubtedly stems from two factors discussed in the following text. First of all, the inconsistent enunciative and material solidification of what is conventionally termed constitutionalism, especially as regards the oscillations of the processes of democratization and redemocratization in Brazil. Second, from a global standpoint, the non-prediction in the social contract - as explained by Thomas Hobbes and Rousseau and still in force - of demands for pressing social and legal freedoms. Religious freedom is one of them and how to revise such clauses is the motive of this work.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Religious freedom, Social contract, Minorities, Religious education

## INTRODUÇÃO

Classificar a liberdade religiosa - derivada da expressão constitucionalizada em 1988 -, como um valor essencial do ser humano em sociedade é, sobretudo, consagrar a possibilidade de rever cláusulas do contrato social explicado como forma de entender o relacionamento do Estado com o indivíduo. Por essa razão é que a abordagem a seguir estabelecerá linhas de desenvolvimento aptas à demonstração do elo entre a transcendentalidade e a dignidade humana, núcleo de proteção dos direitos fundamentais.

E facultar ao ser humano o encontro dos caminhos que o levam ao conhecimento da transcendentalidade como solidificação da identidade e promoção da dignidade, também é função do direito. Como exercer a religiosidade sem conhecê-la? Não há como ponderar acerca de algo, sobre o qual não se detém o mínimo de conhecimento. Também não há, por essa via, como formar o caráter do ser humano – e que se adentre no campo da moral, do direito, da filosofia e dos costumes, vez que uns e outros são formados no viver do dia a dia de cada indivíduo – sem ao menos lhe apresentar instrumentos que servirão – ou não, a depender de sua escolha consciente - de caminho à busca de uma vida digna.

Sufragar determinada ideologia religiosa ou negá-la de plano, por certo se tem como direito do indivíduo. Por certo, também, que não se pode negar, a quem pleiteia, o conhecimento da religiosidade por meio da educação – confessional, ou não -, aplicada à formação ideológica e moral do indivíduo.

Trata-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que também, regulamenta o art. 210 da CF/88 (ensino religioso) de um direito ao ensino religioso ou, no caso dos professores, um direito a ensinar religião. No caso das escolas públicas, o custeio, pelo Estado, da educação religiosa não pode ser considerado uma forma de subvenção proibida a cultos religiosos ou à Igreja.

Pesa nas afirmativas acima desenvolvidas o entendimento favorável exarado pelo Conselho Nacional de Educação (Parecer n.º 05/97), a autorizar o ensino religioso nas escolas públicas. Essas e muitas outras dúvidas surgem quando da abordagem do tema, a exemplo da existência, ou não, de entidades civis constituídas pelas diferentes denominações religiosas, aptas a dispor sobre a matéria, nos termos do que sugere a Lei n.º 9.475/97, que alterou a LDB no tocante ao ensino religioso. Em que pese um sem número de perguntas ainda sem respostas, uma coisa pode nos parecer certa: devem, portanto, os Estados e os municípios regulamentar positivamente e implementar o ensino religioso nas escolas públicas.

De outro lado, inserir o ensino religioso confessional, como o fez a Corte Suprema brasileira, entre as possibilidades de contato com a transcendentalidade, continua não sendo o caminho. De certo que a cláusula contratual a ser prestigiada no que atualmente se convencionou denominar de contrato social, encontra amparo no ensino religioso não-confessional a relacionar a diversidade cultural religiosa brasileira, como se verá a seguir.

## **1 Direito fundamental e religiosidade**

A construção de valores essenciais em uma sociedade está umbilicalmente ligada à proteção da dignidade das pessoas que compõem o corpo social. Tais valores são conformados normativamente sob o manto da irrevogabilidade e da irrenunciabilidade de direitos, fundamentais para uma vida digna. Esse, portanto, é o móvel das conquistas sociais, seja por meio de lutas ou por via da consensualidade proposta pelo Estado nos dias de hoje. Positivar direitos aptos à proteção da dignidade humana fez com que o indivíduo passasse a se relacionar com o Estado de forma pacífica e confiante na efetividade das liberdades necessárias ao desenvolvimento social.

A liberdade religiosa inserta na liberdade de expressão se apresenta como uma dessas liberdades a serem prestigiadas pelo Estado, em que pese sua não previsão pela Teoria do Contrato Social, de outrora. É preciso entender, todavia, a liberdade de escolha, ou não, de uma religião mais como originária da liberdade de consciência, do que como fruto da liberdade de expressão unicamente.

Isto porque, a consciência é inviolável, enquanto as formas de expressão são passíveis de censura mesmo em um Estado Democrático de Direito e o ensino religioso se faz viável como veículo de apresentação da transcendentalidade ao ser humano. Liberdade de consciência segundo José Afonso da Silva (2014, p. 244-245) é a derivação da liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica. Consubstancia na referida escusa, o direito de recusar eventuais imposições que contrariem as convicções religiosas do indivíduo.

É o caso da negativa em prestar o serviço militar, exemplo trazido pelo constitucionalista. O mesmo autor, por outra via, emprega à liberdade de expressão, conceito que ampara a assertiva inicial do trabalho aqui traçado, a saber, a liberdade de comunicação como instrumento da liberdade de pensamento:

Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas especialmente,

alguém se recuse a prestar serviço militar (...). A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação (...). As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: (a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimem; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (...) (SILVA, 2014, p. 244-245).

Da forma como discorre o autor, evidencia-se que a efetivação da liberdade de consciência, não pode ser creditada ao conceito de “liberdade de expressão”, assim firmada nos princípios que, como se vê, trazem apenas referências indiretas à liberdade religiosa. Promover uma consciência livre, como alicerce agora sim da liberdade de expressão, e não o contrário, significa proteger a dignidade humana. E esta, por sua vez, é o núcleo protetivo dos direitos fundamentais conformados normativamente.

Por esse raciocínio, não há como não se atentar ao avanços e progressos conquistados no cenário nacional de formação e conformação normativa dos direitos fundamentais. Por outro lado, de se consignar que a igualdade entre seres humanos foi uma preocupação tardia em nível global, aos moldes do que leciona Fábio Konder Comparato (2015, p.24), referenciando a Declaração Universal de Direitos Humanos como instrumento precursor da proteção ao ser humano:

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (COMPARATO, 2015, p. 24).

Nota-se, pela observação do autor, que não se falava à época em conformação normativa de tais direitos, de sua positivação e, portanto, da densidade normativa necessária à deflagração de um processo construtivo do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Tudo até que se vislumbrasse o surgimento da Declaração Universal de Direitos Humanos – a conformar uma filosofia de proteção consensual entre os Estados, rumo a degraus mais altos a uma estruturada força normativa, como ensina Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 52):

Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidade sobre la base de una orientación liberal. La *Declaración* no era propiamente derecho positivo, sino um “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la

demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em uma sociedade que aún no conocía ni la uma ni la outra y que sólo habría podido conocer-las a través de uma profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa (ZAGREBELSKY, 2011, p. 52).

A inexistência de força normativa do referido diploma orientador era apenas o início, por assim dizer, de um compromisso entre os Estados visando a proteção internacional aos direitos humanos. Nesse contexto é que a definição de direitos fundamentais, gradativamente, se construiu com o alinhamento de seu beneficiário universal, a saber, o ser humano e a subjetividade de tais direitos, como ensina Luigi Ferrajoli (2011, p.9):

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Falava-se a partir de então em dignidade da pessoa humana, após os processos deflagradores de conflitos mundiais. Dignidade esta, fundamento para a própria conceituação e delimitação dos direitos fundamentais no aspecto material. Uma vez encontrada a proteção à dignidade sob análise do conteúdo de determinado direito, identificada, também, estaria a fundamentalidade desse direito ainda que implícito no direito positivo de um Estado. É dizer, vislumbrada a proteção à dignidade humana como fim primeiro, pode-se dizer de direitos fundamentais, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet (1997, p. 539):

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, II), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário (SARLET, 1997, p. 539).

Mais do que essenciais ao ser humano em uma determinada sociedade, os direitos fundamentais revestem-se de universalidade possibilitando a conceituação em pé de igualdade com os direitos humanos. Se ainda pairavam dúvidas quanto ao significado, ou distinção terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2014, p. 27, 51), elucida a solução da divergência ao ensinar que o campo de positivação é a substancial diferença entre os institutos:

A união de termos mostra que a diferenciação entre direitos humanos, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os

‘direitos fundamentais’, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos. [...] Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna (RAMOS, 2014, p. 27, 51).

Ainda que se vislumbre diferenças no campo doutrinário e no campo de posituação entre direitos fundamentais e direitos humanos, importa reconhecer que em ambos os institutos a finalidade é a proteção da dignidade humana, ou seja, a fundamentalidade de tais direitos se identificam. Uns positivados nas Cartas Constitucionais dos Estados democráticos e outros nos atos normativos internacionais, essa é a principal diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. No entanto, a mitigação da universalidade dos direitos humanos pelo multiculturalismo, em tese, estaria depõe contra a semelhança apontada.

Nessa linha, a liberdade religiosa, como prevista no inciso VI, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, alça como objetivo a proteção contra qualquer forma de investida do Estado, ou não, tendente a mitigar ou extrair do indivíduo o exercício livre de suas convicções religiosas. Agiu bem o legislador constituinte, ao inserir a liberdade religiosa, como vertente da liberdade de expressão, dentre suas mais variadas formas, notadamente ao conformar que ser “*inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as liturgias*”.

Pese a disposição dos incisos VI, VII e VIII, próximas, portanto, no artigo 5º da CF/88, de se consignar estarmos diante de direitos distintos, a saber a liberdade de consciência e a liberdade de religião. No que se refere à liberdade de consciência, há de se estabelecer uma proximidade com a possibilidade constitucional que possui o indivíduo possui de se autodeterminar e referenciar seus limites éticos, pautados por sua consciência e pela construção de princípios e conceitos morais desenvolvidos ao longo da vida. Podemos tratar aqui da religião, ou não. No que se refere ao direito de confessar, ou não, determinada religião, assim como do desenvolvimento de sua prática, o texto constitucional assegura a liberdade, coibindo quaisquer investidas do Estado, de quem lhe faça as vezes ou até mesmo do particular, numa verticalização já concebida quando se fala de direitos fundamentais. A vontade do legislador constituinte convergiu no sentido da liberdade de escolha, ou não de uma determinada religião Estado, livre da interferência privada ou estatal. Nesse sentido Jayme Weingartner Neto (2007, p. 253):

[...] a liberdade de crença (2ª parte do inciso VI), as liberdades de expressão e de informação em matéria religiosa, a liberdade de culto (3ª parte do inciso VI) e uma sua especificação, o direito de assistência religiosa (inciso VII) e outros direitos fundamentais específicos, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 253)

E são justamente esses dois direitos fundamentais que, não de forma tão precisa e específica, porém, dizem respeito ao ensino religioso – por tratarem de aspectos concernentes à fé – de fundamental relevância na Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido Rogério Piccino Braga e Sérgio Aziz Ferrareto Neme (2015, p. 593):

A constitucionalização dos direitos de liberdade religiosa e liberdade de autodeterminação representaram um valioso avanço no sentido de resguardo de uma sociedade plural e pacífica. Em contrapartida, alguns Estados modernos ao romperem com a influência de algumas doutrinas religiosas buscaram extirpar qualquer influência da religião na sociedade, chegando a um comportamento que beira o laicismo (BRAGA; NEME, 2015, p. 593).

De se lembrar, no entanto, que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, não dispôs sobre o ateísmo, os cultos, as crenças e os credos. Nessa esteira, a necessidade de se estabelecer pesquisa mais aprofundada sobre o tema. Não é ponto pacífico, porém, a constitucionalidade do ensino religioso, ainda que expresso o texto constitucional. Nesse sentido o já citado educador Luiz Antônio Cunha (2015, p. 263), enfatizando seu contundente ponto de vista – talvez por não pensar no ensino religioso como um direito fundamental, mas sim, tão somente – e de forma simplista – na laicidade do Estado:

Seria de grande alcance político se algumas dessas entidades viessem a tomar a dianteira na luta por uma reforma constitucional que suprimisse da Carta Magna a única menção a um conteúdo curricular, a obrigatoriedade de oferta da disciplina Ensino Religioso. Se isso acontecer, a ofensiva político-diplomática vaticana terá contribuído para induzir o contraponto dialético de seu *desideratum* maior no campo educacional (CUNHA, 2015, p. 263).

Daí a se falar em ensino religioso não-confessional como um direito fundamental do ser humano, ainda não previsto no contrato social que rege as relações do Estado com o indivíduo. Notadamente um direito do ser humano em desenvolvimento, assim considerado indivíduo até que lhe sobrevenha os dezoito anos de idade, nos moldes do que é traçado o parâmetro constitucional.

E nesse aspecto, vemos que o ser humano em desenvolvimento vem melhor tratado no Capítulo VII (Da família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), do Título VIII (Ordem Social) da Constituição Federal de 1988. Como ponderar acerca de algo, sobre o qual

não se detém o mínimo de conhecimento? Como formar o caráter do ser humano – e que se adentre no campo da moral, do direito, da filosofia e dos costumes, vez que uns e outros são formados no viver do dia a dia de cada indivíduo – sem ao menos lhe apresentar instrumentos que servirão – ou não, a depender de sua escolha consciente - de caminho à busca de uma vida digna?

Sustentar determinada ideologia religiosa ou não segui-la de início, por certo se tem como direito do indivíduo. Por certo, também, que não se pode negar, a quem pleiteia, o conhecimento da religiosidade por meio da educação – confessional, ou não -, aplicada à formação ideológica e moral do indivíduo. Nesse aspecto, poder-se-ia dizer que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação se perfaz em ato normativo regulamentar ao art. 210 da CF/88 (ensino religioso), ou em uma imposição, em um direito ao ensino religioso ou, no caso dos professores, em um direito a ensinar religião? No caso das escolas públicas, não seria o custeio, pelo Estado, da educação religiosa, uma forma de subvenção proibida a cultos religiosos ou a igreja, longe disso?

Pesa na resposta aos questionamentos acima formulados, o entendimento favorável exarado pelo Conselho Nacional de Educação (Parecer n.º 05/97), autorizando o ensino religioso nas escolas públicas. Essas e muitas outras dúvidas surgem quando da abordagem do tema, a exemplo da existência, ou não, de entidades civis constituídas pelas diferentes denominações religiosas, aptas a dispor sobre a matéria, nos termos do que sugere a Lei n.º 9.475/97, que alterou a Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional - LDB no tocante ao ensino religioso. Em que pese um sem número de perguntas ainda sem respostas, devemos concentrar esforços em encontrar solução de uma dúvida, a saber: devem, portanto, os Estados e os municípios regulamentar positivamente e implementar o ensino religioso nas escolas públicas?

A discussão de um tema ainda pouco navegado – vezes por receio, vezes por falta de disposição à ruptura de paradigmas- no que concerne à liberdade religiosa na Constituição Federal brasileira, não torna fácil a vida dos juristas que se debruçam sobre o assunto. Moacir Alves Carneiro (1998, p. 78) entende que, retirada do texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação a expressão “sem ônus”, ao referir-se à obrigação do Estado em promover o ensino religioso, torna possível aos Estados e Municípios legislarem sobre o tema e empreender política públicas nesse sentido. Alicerça sua tese nos seguintes argumentos:

A educação integral inclui o ensino religioso; a inclusão do ensino religioso na escola não é concessão do Estado às igrejas, mas é uma forma de operacionalizar o princípio

universal da liberdade; abrir um espaço para o ensino religioso não significa aceitar a catequese, mas sim ensinar a valorização da espiritualidade humana; o conteúdo do ensino religioso deve contribuir para que o aluno transite da consciência ingênua para a consciência crítica da realidade, na busca da transformação do mundo (CARNEIRO, 1998, p. 78).

Se considerarmos que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988– diga-se de passagem, tratar-se da via que abarca a expressão dos direitos ditos fundamentais do indivíduo – garante a assistência religiosa, a liberdade de culto, dentre outros direitos e garantias fundamentais, ligados à vida religiosa do cidadão, assiste razão ao citado autor. Seria a Concordata (acordo ou pacto celebrado entre o Vaticano e outros Estados) realizada com o governo brasileiro em 2008, o caminho a ser considerado constitucional, já que, nos dizeres de Luiz Antônio Cunha (2015, p. 263), “(...) focaliza, especialmente, a questão do ensino religioso nas escolas públicas, situada no contexto definido pela ambiguidade do Estado brasileiro, entre o confessionalismo e laicidade”?

Identificar no ensino religioso um instrumento de viabilização da liberdade de consciência, um direito fundamental do ser humano em desenvolvimento, portanto, é o cerne da questão. Identificá-lo como consubstanciação da liberdade de consciência em primeiro plano, como ponto de partida, é empregar eficácia social a tal liberdade.

Embora de aparência complexa, um breve exercício teórico nos mostra não ser tarefa demasiadamente difícil a identificação – nesse caso, sob a abordagem do aspecto material de tais direitos. Nesse sentido, é de Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 3-4) a melhor lição:

A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo dos direitos fundamentais (o que é dito: a referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a preocupação com a promoção da dignidade) e revela-se também pela qualidade normativa (“onde” e “como” isso é dito: expressão no ordenamento jurídico como normas da mais elevada estatura: na Constituição ou em norma fundamental de direito internacional). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito (ROTHENBURG, 2014, p. 3-4).

E é justamente de “*valores essenciais do ser humano em sociedade e a preocupação com a promoção da dignidade*”, que se compõe a religiosidade instrumentalizada pelo ensino religioso – especificamente aplicado ao ser humano em desenvolvimento.

Pouco estudada na doutrina constitucionalista brasileira é a Declaração Universal da laicidade no século XXI (Jean Baubérot; Micheline Milot; Roberto Blancarte, 2005), diploma orientador e sem densidade normativa, discutido no Senado da França, em 09 de dezembro de 2005, quando se festejava o centenário da separação do Estado em relação à Igreja. Não há sinais de adesão ao seu texto pelo Estado brasileiro, todavia, sua contribuição a título de fonte

interpretativa e integradora do direito deve ser levada em consideração. Precisamente a conceituação de laicidade disposta no artigo 4º do documento:

Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e a sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos (BAUBÉROT; MILOT; BLANCARTE, 2005, p.1).

Harmonizar a interpretação do texto constitucional, com os dizeres do texto orientador da citada Declaração, encontra respaldo no respeito à liberdade de consciência, na autonomia da política e da sociedade civil no tocante às regras que conformam normativamente a religiosidade, no Brasil. Faz possível entender que a religiosidade encontra-se positivada como um direito fundamental no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Basta lembrar que o ponto de partida do legislador constituinte de 1988 foi o cenário de violações às liberdades construído no período que antecedeu a redemocratização do país e que mais tarde consagrou a liberdade de consciência como um anseio de toda a sociedade. Assim, a proteção contra qualquer forma de opressão, estatal ou particular, que viesse a inibir ou suprimir o livre exercício das convicções religiosas fora alçada ao status de norma constitucional fundamental. Em que pese tratar-se a laicidade e a liberdade religiosa de conceitos extremamente amplos, a positivação desse anseio social como enunciado normativo da Constituição Federal trouxe, de certo modo, nível mais elevado de eficácia social às liberdades a elas relacionadas.

Acertada a opção do constituinte, na medida em que contempla as mais variadas formas de expressão de fé e até mesmo a ausência dela, ao prescrever que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias” (art. 5, VI, CF/88). Em verdade, a junção dos incisos VI e VIII do artigo 5º da Constituição Federal apresenta dois direitos fundamentais distintos, sejam eles, a liberdade de consciência e a liberdade de religião:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 1988).

Apesar de conexos, tratam-se de direitos distintos. O primeiro deles (inciso VI), a liberdade de consciência, representa a garantia de autodeterminar-se, no sentido de conferir ao cidadão a possibilidade de estabelecer seus próprios limites éticos, conforme sua consciência e sua moral, seja ela religiosa ou não. Nesses termos, os sempre precisos ensinamentos do consagrado José Joaquim Gomes Canotilho, para quem a liberdade de consciência:

Traduz-se na autonomia moral-prática do indivíduo, a faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia – na totalidade de autopercepção, seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério (CANOTILHO, 2013, p. 267).

A seu turno, o segundo direito em análise (inciso VIII), refere-se ao direito de ter ou não uma religião, e no exercício de suas práticas sem qualquer forma de pressão direta ou indireta, no sentido de coibi-la ou exigi-la. Assim, prezou o constituinte pela liberdade de se ter uma religião, sem qualquer influência estatal ou privada em sua prática. Da mesma forma, protege o direito daqueles que não se vinculam a nenhuma crença. Conforme ensina Jayme Weingartner Neto (2007, p. 238), o direito de possuir ou não uma religião, desdobra-se em vários outros direitos como:

[...] a liberdade de crença (2ª parte do inciso VI), as liberdades de expressão e de informação em matéria religiosa, a liberdade de culto (3ª parte do inciso VI) e uma sua especificação, o direito de assistência religiosa (inciso VII) e outros direitos fundamentais específicos, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta (WEIGARTNER, 2007, p. 238).

A junção desses dois direitos fundamentais e suas variantes representa o núcleo essencial de proteção às questões relativas à fé, à transcendência, tema que recebeu especial relevância na atual Constituição. Já foi dito aqui que os direitos fundamentais representam conquistas históricas de um determinado povo e que a consagração desses direitos na Carta constitucional solidifica em um avanço, por garantir ao cidadão a autodeterminação materializada pela escolha de sua crença ou não-crença.

O fim pretendido é justamente emancipar o Estado de ideais confessionais de um lado e de um laicismo distorcido, de outro. Durante muito tempo os Estados da Europa Continental sofreram fortes influências do catolicismo romano na sua forma de organização e na sua relação com a sociedade.

Tais influências culminaram na institucionalização de mecanismos de perseguição àqueles que não compactuavam com a concepção religiosa vigente. Nesse sentido a

constitucionalização dos direitos de liberdade religiosa e da liberdade de autodeterminação representou um valioso avanço no sentido de resguardo de uma sociedade plural e pacífica. Em contrapartida, alguns Estados modernos ao romperem com a influência de algumas doutrinas religiosas buscaram extirpar qualquer influência da religião na sociedade, chegando a um comportamento que beira o laicismo.

Evidentemente, em determinados momentos da história a religião se impôs como instrumento de dominação conforme, nos dizeres da teoria marxista. No entanto, em via de compensação, merece destaque o papel que as doutrinas exercem no sentido de formação moral e intelectual de muitos cidadãos. Esse, por assim dizer, o viés de engrandecimento do ser humano atribuído à liberdade de crença ou não-crença, encontrando concretude no ensino religioso não-confessional como o veículo de conhecimento sobre o significado da religiosidade.

Dessa forma, o conhecimento acerca do real significado do que vem a ser liberdade em um contexto social, é necessário que o mesmo seja proporcionado ao indivíduo. Um conhecimento que emancipa e liberta efetivamente. É o raciocínio que se aplica à religiosidade como previsão de fatores de liberdades antes não consagrados pelas teorias explicativas do contrato social. Não se trata de suprimir o âmbito contratualista pela difusão das liberdades, mas de considerar a necessidade de um mínimo de configuração às liberdades que servem de elo entre a instituição do ente estatal, o ser humano e a dignidade

A inserção do ensino religioso não-confessional como cláusula anteriormente não prevista no contrato social é, acima de tudo, enfrentar problemas ainda não solucionados por aqueles que dedicaram sua doutrina à explicação da existência das leis, dos tribunais, dos enunciados normativos, enfim, do trabalho dos contratualistas. Eis aqui o problema da teoria contratualista nos dizeres de Martha C. Nussbaum (2013, p. 31-32), “a tradição do contrato social é complexa. Inclui algumas figuras como Jean-Jacques Rousseau, que não concebe o contrato social como um contrato entre indivíduos independentes”.

Nos dizeres da autora

Em um mundo cada vez mais interdependente, precisamos considerar as questões de justiça levantadas pelas desigualdades entre nações ricas e pobres, que afetam as chances de vida de seus cidadãos. O modelo do contrato é tipicamente usado para construir uma única sociedade, imaginada como autossuficiente, e não como interdependente com alguma outra. Tanto Kant quanto Rawls de fato reconhecem a importância de confrontar questões de justiça entre as nações (NUSBAUM, Martha C., 2013, p. 117).

Portanto, garantir o acesso à liberdade religiosa significa traçar padrões de efetivação da justiça e não perpetuar as situações de arbitrariedade cuja permissividade é evidente na impossibilidade de escolha e de pensamento do ser humano.

## **2 Por um exercício interpretativo e não modificador do texto constitucional**

Para que o exercício pleno das liberdades se efetive, entretanto, não se vislumbra alterações constantes ao texto constitucional. Necessário se faz a interpretação à luz das evoluções e conquistas sociais e da descoberta de novos anseios do corpo social. Nessa linha, de se considerar que com a evolução conceitual e prática do Estado Democrático de Direito, nova tensão surgiu entre os Poderes do Estado e o constitucionalismo. As demandas sociais à espera de soluções por parte do Poder Judiciário, a fim de se concretizar a direitos e a forte influência midiática na formação da consciência social, constituem alguns dos elementos dessa tensão.

Tais respostas, por outro turno, se tornam desafios do constitucionalismo atual, vez que referida concretização de direitos não pode comprometer os alicerces da democracia representativa. A interpretação constitucional das regras e sua consequente extração de normas pode ser visualizada como o caminho a ser percorrido no enfrentamento de tais desafios. É aqui a importância da distinção entre norma e enunciado normativo.

Como se sabe, o rol que abarca a conformação normativa dos direitos fundamentais não é taxativo. Importante, no que toca ao aspecto material, encontrar nas regras constitucionais, normas de direitos fundamentais, assim consideradas aquelas que visam a proteção da dignidade da pessoa humana. Robert Alexy (2014, p. 50) propõe um problema hermenêutico de identificação nos seguintes termos:

Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos (ALEXY, 2014, p. 50)

Sabe-se, não é por meio da alteração constante do texto constitucional que se empregará força normativa à Carta Constitucional. Ao contrário, a mudança frequente dos enunciados normativos prejudica ainda mais a solução de celeumas pontuais trazidas pelo convívio em sociedade. É necessário, sobretudo, buscar por via da interpretação, identificar a vontade do legislador. Riccardo Guastini (2010, p. 66,69) bem assevera acerca da necessidade

de interpretarmos o texto constitucional, a exemplo das leis, segundo a vontade do legislador, no caso, do constituinte, segundo sua intenção no momento da conformação normativa dos anseios sociais da população:

Com todo, no debería ser difícil trazar um esbozo de teoría de la interpretación constitucional. Dado que, leyendo obras doctrinales y decisiones constitucionales, se puede formular las hipótesis – que debe someterse a control empírico – de que los intérpretes de la constitución (o, mejor dicho, de las diversas constituciones) usen de hecho, de manera muy simple, las mismas técnicas de interpretación que son habitualmente utilizadas em la interpretación de la ley. [...] Sin embargo, no es inútil ofrecer al menos alguna indicación general. [...] iii) *La intención de los coinstituyentes*. Algunas veces (cada vez com mayor frecuencia) se interpreta el texto constitucional según la - intención - (*intente*), o la – finalidad - (*purpose*) de los - padres fundadores - (GUASTINI, 2010, p. 66,69).

É a extração do sentido da regra ou do princípio, como lucidamente assevera Karl Loewenstein (1986, p. 54) ao chamar a atenção para o que seria considerado o texto constitucional ideal, a saber, aquele “*uma ordem normativa conformadora do processo político pelo qual todos os desenvolvimentos futuros da Comunidade, tanto de ordem política como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos*”:

[...] una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras. Cada constitución integra, por así decirlo, tan sólo el *statu quo* existente em el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro; em el mejor de los casos, cuando este inteligentemente redactada, puede intentar tener em cuenta desde el principio necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocados, aunque una formulación demasiado elástica podía perjudicar a la seguridad jurídica (LOEWENSTEIN, 1986, p. 164)

Bem adverte o autor ao afirmar que não há, porém, como alcançar essa completa adequação dos anseios futuros, a se considerar ser a Constituição, a tradução dos anseios presentes e sem elasticidade tal que viesse a lhe retirar a segurança, a força normativa. Nem por isso, aconselhável seria a frequência em alterações formais – textuais – da estrutura constitucional, quando muito a incidência do fenômeno da mutação constitucional, como novamente esclarece o próprio Karl Loewenstein (1986, p. 164):

En la mutación constitucional, por outro lado, se produce una transformación em la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación em el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da em todos los Estados dotados de una constitución escrita y son

mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales (LOEWENSTEIN, 1986, p. 164)

Necessário se faz, portanto, diferenciar regras de normas, não por mera homenagem terminológica, mas sim, tendo como premissa argumentativa o fato de que pode-se extrair de um determinado enunciado normativo pertencente ao corpo do texto constitucional, uma norma de direito fundamental, a considerar a própria distinção como traçada por Alexy (2014, p. 54-55):

O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*. Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte texto: (1) “Nenhum alemão pode ser extraditado” (art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo (ALEXY, 2014, p. 54-55).

A norma jurídica constitucional deve ser a figura central do sistema, com o objetivo primordial de concretização dos direitos fundamentais. Portanto, não é apenas a expressão de um ser, mas também do dever ser, como ensina Konrad Hesse (1991, p. 51):

A Constituição não é apenas a expressão de um ser. Ela é mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. A Constituição graças a sua pretensão de eficácia procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 51).

Não se trata, portanto, de simples divergência terminológica aquilo que estabelece doutrinariamente acerca da extração de sentidos de uma regra ou de um princípio. Vislumbra-se a necessidade da identificação correta do dever-ser, como base para a aplicação do ordenamento jurídico. Dessa forma um novo sentido deve ser extraído do que dispõem os incisos VI e VIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a saber, a liberdade religiosa como fruto da liberdade de consciência e não como fruto da liberdade de expressão.

## CONCLUSÃO

É chegado o momento de romper paradigmas ultrapassados e que se tornaram ao longo da trajetória do constitucionalismo brasileiro, um empecilho à materialização das liberdades construídas como uma revolução por direitos.

A falta de efetividade, assim compreendida como a ausência de eficácia social do que dispõe a Constituição Federal de 1988 acerca da liberdade religiosa, se deve muito à visão simplificada desta como desdobramento das liberdades comunicativas. Da mesma forma, por não vislumbrar-se expressamente a liberdade religiosa ligada à liberdade de consciência, tendo como ponte de transporte, agora sim as liberdades comunicativas (de expressão), mitigada está a efetividade da liberdade abordada. Pese a conformação normativa dos princípios estruturais do Estado Democrático (Social) de Direito, fato é que as liberdades comunicativas encontram-se na linha de frente das violações de todas as espécies.

Vezeis porque mal interpretadas e por outras, pelo enfraquecimento da extração de normas (abstratas) de tais regras e princípios. Não se olvida que a liberdade de consciência sem mecanismos externos de exercício, também perde em eficácia. Entretanto, não podem ser considerados, tais mecanismos, como se mostra na liberdade de expressão, o ponto de partida.

A liberdade de consciência deve ser alçada ao patamar de alicerce, fundamento de criação do ordenamento jurídico, campo de contemplação do sistema normativo infraconstitucional. Além disso, e para imprimir densidade normativa a tal liberdade, necessário, como se constatou e se disse acima, é a realocação hermenêutica das liberdades comunicativas de seu status de pedra fundamental da liberdade religiosa ou ponto de partida para sua efetivação, para a posição de simples pontes entre a liberdade de consciência e a liberdade religiosa. A liberdade de consciência, assim, será o fundamento, o aspecto substancial e existencial da vida liberdade religiosa do ser humano.

Ao passo que as liberdades comunicativas, então, compreenderão as vias instrumentárias da liberdade de consciência. Por ventura maculadas tais pontes durante o desenvolvimento da práxis constitucional, não se verificará prejuízo à liberdade individual de consciência (gênero), garantida a liberdade religiosa (espécie).

O que se propõe com o texto é a revisão do marco interpretativo da liberdade religiosa. Uma interpretação que leve o aplicador do direito a entender que se o exercício da liberdade religiosa derivar da liberdade de consciência assim como definida no texto, e não como fruto da interpretação das liberdades comunicativas, a inviolabilidade da consciência significará a inviolabilidade da liberdade religiosa, da mesma forma.

Censurar as liberdades comunicativas é prática comum ainda que em países de alta densidade do princípio democrático. O mesmo não ocorre com a consciência, por inviolável como se apresenta. E o ensino religioso não-confessional será instrumento eficaz para a alteração interpretativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; e, MARTINS, Maria Helena Pires. Filosofando – Introdução à Filosofia. São Paulo: Editora Moderna, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BAUBÉROT, Jean; MILOT, Micheline; BLANCARTE, Roberto. Declaração universal da laicidade. Apresentada no Senado francês, em 9 dez 2005, por ocasião das comemorações do centenário da separação Estado-Igrejas na França. Disponível em: <<http://www.bulevoador.com.br/2009/09/declaracaouniversal-da-laicidade-no-seculo-xxi/>>. Acesso em: 8 jan 2018.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Revista CEJ, V. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Pena de Prisão Perpétua. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/345/547>> Acesso em: 12mar. 2016.

BRAGA, Rogério Piccino; NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. Direito Fundamental ao ensino religioso na escola pública: do conhecimento à abstenção de religiosidade. In: Jurandir José dos Santos; Ermenegildo Nava. (Org.). A multifacetariedade dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo. 1ed.Bandeirantes/PR: Redige Produção Editorial, 2015.

BLECKMANN, Albert, 1997, p. 539, apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.). Comentários à Constituição do Brasil [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONJOUR, Lawrence; BAKER, Ann. Filosofia: textos fundamentais comentados. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 22 dez. 1996, p. 27833.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.475, de 27 de julho de 1997. Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 23 jul. 1997, p. 15824.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 22 dez. 1996, p. 27833.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.475, de 27 de julho de 1997. Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 23 jul. 1997, p. 15824.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337/SPDF, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento: 23/08/2011, Tribunal Pleno, Publicação no DJ: 15/09/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 20 mar 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Edições Almedina, 2003.

CARBONEL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Espanha: Editoria Trotta, 2007.

CARNEIRO, Moacir Alves. LDB fácil: leitura crítico-compreensiva artigo a artigo. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Luiz Antonio. A educação na concordata Brasil-Vaticano. Educ. Soc. [online]. 2009, vol.30, n.106, pp. 263-280. ISSN 1678-4626. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302009000100013>. Acesso em: 06 set 2016, p. 263.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia de la interpretación constitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Unesp, 2012.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel Derecho, 1986.

NUNES, Benedito. A Filosofia Contemporânea – Trajetos Iniciais. Editora Ática, 1991.

NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 6. ed. Madri: Tecnos, 1999, p. 111-120, apud ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. TAVARES, André Ramos; FRANCISCO, José Carlos (Coord). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. In: André Ramos Tavares (Org.), José Carlos Francisco (Org.). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.) [et. al]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica. 23. ed. Tradução de Paulo Perdigão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.  
COLLINSON, Diané. 50 Grandes Filósofos – Da Grécia Antiga ao Século XX, Editora Contexto, 2006

SKIDMORE, Thomas. The Politics of military rule in Brazil 1964-85. Nova York: Oxford University Press, 1988.

WEINGARTNER NETO, Jaime. Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Livraria do Advogado Editora, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madri: Editorial Trotta, 2011.