

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**LIMITES E RESTRIÇÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS**

Ana Carolina Greco Paes

Presidente Prudente/SP
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**LIMITES E RESTRIÇÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS**

Ana Carolina Greco Paes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriça Amaral.

Presidente Prudente/SP
2012

LIMITES E RESTRIÇÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Sérgio Tibiriça Amaral
Orientador

Rodrigo Lemes Arteiro
Examinador

Gustavo Aurélio Faustino
Examinador

Presidente Prudente/SP, 27 de Novembro de 2012.

"Todos nós desejamos o progresso, mas se você está na estrada errada, progresso significa fazer o retorno e voltar para a estrada certa; nesse caso, o homem que volta atrás primeiro é o mais progressista."

C.S. Lewis

Aos meus pais, Aroldo e Carla
e ao meu irmão João Rubens,
minha base.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, autor da vida, por tudo aquilo que Ele tem me permitido passar. A Ele toda a glória, honra e louvor.

Agradeço a minha família, principalmente a meus pais, Aroldo e Carla, pelos princípios de vida, educação, carinho, amor, cuidado, por serem meu porto seguro, e por terem confiado e acreditado no meu potencial para a realização deste trabalho. Agradeço também ao meu irmão João Rubens pelas discussões sobre o tema, por ter uma visão diferente da minha mas sempre tolerar minhas ideias e sobretudo, pelos momentos em família que ele proporcionou.

Agradeço meus amigos pelo simples fato de serem amigos. Para a realização deste trabalho foram necessárias horas de leitura, fins de semana em casa, noites sem sair. Agradeço a eles por entenderem estes momentos e por estarem junto nos momentos de diversão. Com carinho, cito aqueles que estiveram mais próximos e que participaram pessoalmente, de pelo menos, alguma parte deste trabalho e são eles: Débora, Fernanda, Larissa, Bruno e Amanda. Agradeço também ao Rafael pelo companheirismo, carinho, paciência e incentivo, ajuda mais do que necessária e proveitosa, bem como pelos momentos tristes e alegres que dividiu comigo nesta caminhada.

Por fim agradeço aos profissionais que aceitaram fazer parte, de alguma forma, deste trabalho. Ao professor Sérgio, agradeço pela paciência e prontidão com a qual me ajudou. Agradeço as conversas, pelo acolhimento, e por ter dividido comigo seu vasto conhecimento na área. Foi uma honra tê-lo como orientador.

Ao professor Rodrigo, agradeço pelos ensinamentos ministrados em sala de aula, principalmente por ter me ensinado a ver o Direito de uma maneira mais crítica, por

ter ensinado a pensar no porquê do Direito e não simplesmente aceitar aquilo que é dito.

Por fim, agradeço ao Doutor Gustavo, um exemplo de profissional para mim. Agradeço a confiança depositada no estágio, por várias vezes ter discutido o tema da monografia comigo, por ter me ajudado a pensar de formas diferentes, pela paciência e por toda ajuda.

Sem dúvida este trabalho não teria sido o mesmo sem a ajuda de todos estes que cito. A eles, o meu mais profundo agradecimento.

RESUMO

O objetivo da presente obra é analisar os limites e restrições que a liberdade religiosa pode sofrer no ordenamento jurídico brasileiro. Tal estudo teve como base o ordenamento jurídico, sem que houvesse a interferência de conceitos filosóficos ou sociológicos, para estabelecer os limites e restrições desta liberdade. A liberdade religiosa é um direito fundamental que tem sido motivo de vários conflitos ao longo da história, por este motivo é um tema delicado de ser dissecado. No entanto, através da ciência do direito é possível visualizar os parâmetros que os legisladores buscaram tutelar. Foram analisados aspectos históricos em torno do tema, além de decisões de tribunais pátrios e estrangeiros para dar contorno ao mesmo.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Limites estabelecidos por lei. Limites constitucionais imediatos. Limites imanentes.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze limits and restrictions that religious liberty may suffer in Brazilian legal system. This study is based on law without any interference from sociological or philosophical concepts on this specific theme. Religious liberty is a fundamental right which has been the reason of several conflicts during the course of history and because of this, it is a delicate subject to be discussed. However, law science can display parameters that lawmakers tried to protect. Historical aspects on the theme were analyzed, as well as Brazilian and foreign court decisions to provide the correct boundary to this subject.

Keywords: Religious liberty. Limit laws. Constitutionally immediate limits. Immanent limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	11
2 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	12
2.1 Interpretação dos Direitos Fundamentais	15
2.1.1 Quanto ao poder	15
2.1.2 Quanto ao aspecto	17
2.1.3 Quanto à função	18
3 A LIBERDADE RELIGIOSA	20
3.1 Origem.....	20
3.2 Núcleo Básico	21
3.3 Classificação	23
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL	26
4.1 Período Colonial	26
4.2 Período Imperial	27
4.3 Período Republicano	28
4.4 Constituição de 1988	29
5 A LIBERDADE RELIGIOSA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS	31
5.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948	31
5.2 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos	32
5.3 Organização Internacional do Trabalho	33
5.4 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença	34
5.5 Convenção de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)	35
5.6 A Internalização dos Tratados Internacionais	36
6 CONFLITOS ATINENTES A LIBERDADE RELIGIOSA	39
7 LIMITES E RESTRIÇÕES DO DIREITO A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL	42
7.1 Limites e Restrições no Direito Comparado	43
7.2 Limites e Restrições no Ordenamento Jurídico Brasileiro	44
7.3 Limites Imanentes	46

8 A ORDEM PÚBLICA	48
8.1 Os Ilícitos	51
8.1.1 Do corte do genital feminino	51
8.1.2 Do santo daime	55
8.1.3 Da bigamia	57
9 O ENSINO RELIGIOSO	59
9.1 O Ensino Religioso nos Dias de Hoje.....	61
9.2 Liberdade Religiosa, de Consciência e o Ensino Religioso	62
9.2.1 O Estado laico e o ensino religioso	63
9.3 O Ensino Religioso nas Escolas Privadas	64
10 LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	66
11 LIBERDADE DE CRENÇA	69
11.1 Locais de Culto e Liturgia	70
11.2 Assistência Religiosa	71
11.3 Escusa de Consciência	72
CONCLUSÃO	74
BIBLIOGRAFIA	81

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar limites e restrições da liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, esta liberdade foi contextualizada no rol de direitos fundamentais, além de ter sido citada sua evolução histórica nas dimensões dos direitos fundamentais e no direito brasileiro.

Como direito fundamental, foram analisadas algumas das óticas sobre as quais tais direitos podem ser interpretados, além da classificação que pode ser dada a liberdade religiosa em seu aspecto formal.

O direito à liberdade religiosa foi analisado inicialmente nos Estados Unidos da América do norte, na Declaração do Bom Povo da Virgínia em 1776, bem como na primeira emenda da primeira Constituição dos Estados Unidos da América do norte, a primeira de acordo com a concepção moderna. Posteriormente, buscou-se uma abordagem doutrinária sobre os direitos fundamentais, da qual o tema estudado se enquadra.

A liberdade religiosa é um direito fundamental de status negativo, é também oponível contra o Estado a fim de efetivar ao indivíduo a máxima utilização de suas prerrogativas, para que dessa forma ele possa escolher sobre ter ou não uma crença, da mesma forma que tenha liberdade para trocar de crença.

Não somente em relação à liberdade de crença, mas a liberdade religiosa também tutela a forma de exteriorização destas crenças que ocorrem por meio de rituais praticados, cultos celebrados, ou reuniões feitas pelos fieis de uma determinada religião.

A liberdade de crença em si não possui restrições, o indivíduo é livre para crer no que achar melhor, tal liberdade deriva da liberdade de pensamento e consciência. Os conflitos podem ocorrer quando esta liberdade de crença é exteriorizada, e neste ponto é que o Estado limita e restringe este direito, para que a manutenção da ordem pública, entre outros princípios do Estado como a moral pública, a paz, segurança também sejam efetivados.

Um ponto importante para o tema tratado neste trabalho é o direito comparado. O Brasil tem celebrado tratados atinentes aos direitos humanos, e entre esses tratados, um deles trata especificamente da liberdade religiosa, da não-discriminação e sobre a intolerância por motivos religiosos.

Além disso, tratados de direitos humanos tem um trato especial no ordenamento jurídico, sendo que podem ser normas supralegais ou podem adentrar ao ordenamento como emenda constitucional, tendo assim status constitucional. Por este motivo é que os tratados internacionais foram abordados.

Este trabalho não busca bases filosóficas da liberdade religiosa, e de seus limites e restrições por motivos sociológicos e filosóficos, e sim, um estudo da ciência do direito, por meio de análise da letra da lei, tendo sido extraídos os limites dados pelo ordenamento jurídico a esse direito fundamental.

A pesquisa bibliográfica foi o principal meio de obtenção de informações neste trabalho ao lado da jurisprudência e das considerações históricas. Num estudo, partindo-se do raciocínio hipotético dedutivo, foram construídas as bases do trabalho, numa interpretação reflexiva e dialética.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE RELIGIOSA

O direito à liberdade religiosa é citado pela primeira vez em forma de lei na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1776, que compunha uma das treze colônias dos Estados Unidos da América. Esta declaração, foi a primeira carta de Direitos Fundamentais, de acordo com a concepção moderna, pois trazia em seu bojo as bases dos direitos humanos, entre os quais o da liberdade religiosa “todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência” (SILVA, 2000, p. 158). Não havia interferência do Estado nas relações privadas e a declaração visava conter o poder do Estado, impondo a ele limites.

Em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América foi aprovada na Convenção de Filadélfia. Contudo, para sua entrada em vigor, foi necessária a ratificação de pelo menos nove das treze colônias. Algumas afirmaram que só ratificariam a Constituição caso fosse inclusa uma carta de direitos. Neste contexto, nasceram às dez emendas da Constituição, que foram aprovadas em 1791, e em 1795 outras emendas também foram acrescentadas. (SILVA, 2000, p. 158).

A primeira emenda deste *bill of rights* editado foi a liberdade de religião e culto, juntamente com a liberdade de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição. Neste contexto, a liberdade religiosa é pela primeira vez positivada, colocada em um patamar de direitos humanos no *bill of rights* dos Estados Unidos da América. Surgiu então à prerrogativa do indivíduo se colocar frente às ingerências do Estado, o indivíduo era livre para ter ou não uma crença, em outras palavras, a liberdade religiosa tornou-se efetiva com a primeira emenda.

2 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Afim de que seja possível vislumbrar a liberdade religiosa como um direito fundamental, torna-se necessário explicar o que são direitos fundamentais, segundo a doutrina brasileira e estrangeira. Para tanto será utilizada a visão de doutrinadores, bem como apreciações dos dispositivos consultados no trabalho para essa tarefa.

De acordo com explanação feita por José Afonso da Silva, a expressão que melhor define direitos fundamentais é “direitos fundamentais do homem”. (2000, p. 178)

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente conhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. E com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17.

Para Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira o direito fundamental depende não só do bem que o direito visa proteger, mas também do contexto histórico no qual ele se insere e o fato de estar na Constituição. (2010, p. 46 /47)

Para nós são direitos fundamentais aqueles pertinentes às pessoas visando o desenvolvimento máximo de suas potencialidades, promovendo a igualdade e a dignidade humana, assegurados pela Norma Fundamental que é a Constituição, mediante proteção especial.(...)

Importante lembrar a característica da historicidade dos direitos fundamentais, ou seja, decorrem de uma cadeia evolutiva, pois em determinada época se entenderá determinado direito, como é o caso da liberdade de religião, como fundamental, mas em outra, o mesmo direito

não era reconhecido. Logo, os direitos fundamentais dependerão, necessariamente, do caráter histórico do Estado Nacional que os cunhou constitucionalmente.

Dessa forma, tem-se que direitos fundamentais são aqueles que disciplinam a vida do ser humano, direitos inerentes a condição de ser humano, os quais conferem ao indivíduo uma vida digna, e que também demonstram a opção política adotada pelo legislador. A dignidade da pessoa humana é o ponto de partida e a razão da criação das “cartas de direitos”.

Alguns doutrinadores, como Jónatas Eduardo Mendes Machado, entendem que os direitos humanos surgem de uma visão cristã do mundo. Este autor, afirma que os direitos humanos nascem da concepção judaico cristã onde declara ter sido o homem criado à imagem e semelhança de Deus. Partindo desse pressuposto é possível afirmar que o homem tem dignidade e esta dignidade deve ser protegida. (2012, p. 37)

A dignidade da pessoa humana é um atributo universal próprio do ser humano, de procedência transcendente, que gera uma pretensão universal de reconhecimento, respeito e proteção tendo como destinatários todos os indivíduos e todas as formas de poder político e social. Foi isso que esteve em causa quando, no século XVI, na cidade espanhola de Valladolid, os dominicanos Bartolomeu de las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, discutiram entre si a dignidade dos índios americanos. Nesse célebre debate, a teologia bíblica da dignidade natural de todos os seres humanos, criados à imagem de Deus, triunfou sobre os argumentos aristotélicos, considerados à época mais racionais, secularizados e científicos, que viam na escravatura um estado ou predisposição natural de alguns seres humanos.

Os direitos fundamentais foram divididos em três dimensões (há de se ressaltar que nesse ponto, há divergência doutrinária. Perfilha-se para os fins que este trabalho almeja, do aspecto tridimensional adotado por Ingo Wolfgang Sarlet). A liberdade religiosa se enquadra como direito de primeira dimensão, ao invés de gerações. (1998, p. 48)

Num primeiro momento é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter

de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais.

As duas primeiras dimensões que tratam respectivamente, da liberdade e igualdade, possuem caráter individual, em detrimento ao foco coletivo. Houve necessidade de limitar o poder do Estado sobre o indivíduo, justamente porque a positivação dos direitos fundamentais é necessária para que não ocorra abuso, por parte dos governantes, na limitação da fruição de tais direitos pelos indivíduos. O indivíduo possui direitos e deve saber quais são para que assim possa torná-los efetivos.

Em seu estudo, Celso Lafer afirma que a proclamação dos direitos humanos nasce quando a lei "passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes". (1988, p. 123) O homem emancipado e isolado em sociedades secularizadas, necessitava de um porto seguro, um direito sólido, positivado, alienado da religião. A incerteza de um "direito divino", monopolizado pela religião, não dava garantias aos indivíduos de que o devido processo legal seria efetuado de forma justa, embasado em leis elaboradas tendo em vista o indivíduo e não somente o bem estar do governante.

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2000, p. 517).

A liberdade religiosa é um direito de primeira dimensão e foi positivada tendo como pano de fundo histórico uma grande ruptura religiosa no ocidente, com as reformas de Calvino e Lutero. A Igreja Católica Apostólica Romana – que por muitos anos ditou como deveria ser, não apenas o direito, mas a vida em sociedade como um todo - perde seu poder com a reforma religiosa, que fez surgir uma nova e diferente forma de pensar. As estruturas da sociedade ocidental foram alteradas, pois essa ruptura religiosa contribuiu para mudanças econômicas, culturais e, principalmente, sociais. Os puritanos queriam que o Estado não levasse em conta

suas crenças religiosas, sendo por isso um direito negativo, ou seja, uma vedação ao Estado. No entanto, os reformados queriam ainda liberdade para manifestação das suas crenças e buscaram assegurar direitos prestacionais, a fim de assegurarem a criação de denominações, a construção de templos e outras manifestações variadas, como o juramento sobre a Bíblia nos processos judiciais e outras manifestações, como a inscrição nas notas: “Em Deus nós confiamos” (“In God we trust”).

2.1 Interpretação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais possuem natureza variada de difícil definição, mas tem como escopo principal a defesa da dignidade do ser humano em suas várias vertentes.. Existem perspectivas sob as quais eles podem ser analisados, o direito fundamental sempre será o mesmo, seu conteúdo básico não é variável, porém, dependendo da forma como é analisado, há diferentes aspectos do direito que ficam evidentes, como por exemplo, a fruição destes.

Para fins deste trabalho foram citados alguns autores que observaram o direito fundamental quanto ao poder, ao aspecto objetivo e a função do Direito fundamental. São divisões doutrinárias que ajudam o entendimento de como é amplo o alcance e quais são as fontes, os objetivos e também as funções desempenhadas por esses direitos.

2.1.1 Quanto ao poder

O Estado tem um único poder, que é dividido em funções. O Brasil traz na Constituição que são três “poderes”, independente e harmônicos entre si, embora a interpretação seja que exista uma única fonte irradiadora do poder.

Segundo a classificação de Celso Lafer, existem duas perspectivas sob as quais os direitos fundamentais podem ser interpretados, a saber: “*ex parte populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis*– a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo” (1988, p. 125).

A *ex parte populi* tem raiz no direito natural – trata-se de direitos que nascem com o indivíduo, que existem desde sempre. São considerados direitos inerentes ao indivíduo independentemente de positivação. A perspectiva *ex parte principis*, tem origem na “governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território” (LAFER, 1988, p. 126). Dessa forma, quem interpreta o direito é o governante, que levará em conta a população, para que o direito fundamental seja efetivado. O governante deve respeitar o direito fundamental e aplicar a razoabilidade “levando-se em conta os recursos disponíveis e a necessidade de evitar, com a discórdia excessiva a desagregação da unidade do poder.” (LAFER, 1988, p. 126)

Ao analisar o direito fundamental sob estas perspectivas, surgem questões atinentes a fruição de tais direitos. Em relação a *ex parte populi* Celso Lafer define. (1988, p. 128/129)

Na perspectiva *ex parte populi*, que é a da liberdade, uma das contradições, na prática, da tutela, resulta do fato de os direitos de primeira geração almejarem limitar os poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre o Estado e sociedade, e os direitos de segunda geração exigirem a ampliação dos poderes do Estado. É por essa razão que são distintas as técnicas jurídicas que ensejam a fruição, *ex parte populi*, dos direitos de primeira e de segunda geração

Quanto a *ex parte principis*, o governante se preocupa com a ordem que deve ser mantida frente aos direitos que surgem com a primeira dimensão, tais como a liberdade religiosa, de reunião e o direito de fazer greve. O governante deve limitar minimamente tais direitos a fim de viabilizar a vida em sociedade de forma organizada. Portanto, a regra é a total liberdade para o exercício desses direitos, mas com a possibilidade de restrição desde que seja para assegurar outros direitos fundamentais no convívio social. Portanto, por exemplo, a proibição de duas passeatas religiosas ou reuniões para o mesmo local, a fim de evitar confrontos.

2.1.2 Quanto ao aspecto objetivo

A classificação feita com base no aspecto objetivo dos direitos fundamentais ainda não possui grande expressão no ordenamento pátrio no tocante ao número de obras em comparação aos outros aspectos e também levando em conta a doutrina alienígena. Mas a doutrina estrangeira se ocupa de discussões importantes sobre o assunto. Em relação à sua terminologia será levado em consideração o estudo feito por Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 143)

Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

O fato dos direitos fundamentais serem caracterizados por uma perspectiva jurídico-objetiva implica em desdobramentos importantes no que diz respeito aos limites e restrições de tais direitos. Esse caráter objetivo dos direitos fundamentais influencia o Estado a não levar em conta somente o indivíduo, mas a coletividade.

Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos (SARLET, 1998, p. 146).

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a fundamentação objetiva visa o significado do direito fundamental para a coletividade e não somente para o indivíduo. O contrário ocorre na fundamentação subjetiva que busca os interesses apenas do indivíduo. (2002, p. 1124).

Os direitos fundamentais no tocante ao exercício devem ser amplos, mas podem ser limitados no caso concreto, uma vez que afetam a coletividade.

Podem até ser bloqueados pelo Poder Judiciário, com a finalidade de assegurar algo maior, como a segurança da sociedade.

O fato de o direito ser considerado fundamental, para o aspecto jurídico objetivo traz algumas implicações. Pode-se colocar este aspecto, de forma resumida, como se todo o direito fundamental além de ser um direito fosse também um dever. O fato de ser direito fundamental trazer consigo um aspecto objetivo que lhe gera um dever. Um exemplo onde isto fica claro é a liberdade de culto (que é uma forma de manifestação da liberdade religiosa) não poder afetar o sossego dos moradores das redondezas de um local de culto.

2.1.3 Quanto à função

Por fim, os direitos fundamentais podem ser interpretados levando em conta sua função, no caso da liberdade religiosa, a mesma se encaixa em, pelo menos três, das quatro funções dos direitos fundamentais, e são elas: a função de defesa ou de liberdade, a função de proteção perante terceiros e a função da não discriminação. Essas funções precisam ser levadas em conta no caso da liberdade religiosa, a fim de demonstrar a abrangência a que se pretende impor a defesa das prerrogativas inerentes.

Em relação à função de defesa ou de liberdade Canotilho afirma. (2002, p. 373).

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico – objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico – subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Quanto a proteção perante terceiros, tem-se que o Estado deve promover a proteção dos cidadãos contra eventuais agressões que possam advir da

sua opção religiosa. No Brasil há um cenário pluralista em relação às religiões, dessa forma, o Estado deve se manter o mais neutro possível no tocante a não ser tendencioso a qualquer religião.

Deve ainda promover a tolerância de todas as religiões para que não haja abuso de direito, do próprio Estado e dos cidadãos em suas relações. Além disso, não deve haver nenhum tipo de discriminação, por motivo religioso, que é onde se enquadra a terceira função da liberdade religiosa como direito fundamental.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa é um direito que aparece na Constituição, mas não deve ser entendido apenas *ipsis litteris* - na sua previsão em dois artigos - mas também em outros dispositivos como a possibilidade da manifestação do pensamento. Há aspectos que são alcançados pelo direito à liberdade religiosa na Constituição pois, a liberdade estabelece a possibilidade de realizar ou não diversas condutas relacionadas com a fé das pessoas como: sacramentos, liturgias variadas, rituais, publicações de caráter doutrinário, manifestações como marchas e até mesmo o sacrifício de animais.

3.1 A Origem

Alguns autores entendem que a liberdade religiosa está dentro da liberdade de pensamento, embora nos Estados Unidos da América tenha surgido - na primeira Constituição do mundo - como um direito autônomo colocado logo na primeira emenda, ao lado da liberdade de expressão que é herdeira legítima da manifestação do pensamento. A liberdade religiosa tem estreito relacionamento com o pensamento, mas não fica restrito, pois faculta a realização de rituais, como batismo e casamento, entre outros. Dessa forma, tem-se a liberdade de pensamento como a liberdade máxima das quais derivam outras liberdades.

A liberdade de pensamento, ou de opinião, é qualificada por alguns autores como simultaneamente primária e primeira, isto pelo fato de aparecer cronologicamente e logicamente antes de outras liberdades que são senão um consectário seu? Exemplifique-se: a liberdade de opinião permite algum ter ou não crenças religiosas. No caso positivo, contudo, estas deverão se externar por meio de outra liberdade, a dos cultos. Destarte, esta última aparece como uma liberdade secundária comandada pela liberdade de pensamento que lhe é anterior (BASTOS, 2001, p. 296).

Existe também outra perspectiva sob a qual a liberdade religiosa pode ser encarada, como um dos primeiros direitos à liberdade, sendo que por isso mesmo figurou na primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Há argumentos doutrinários importantes que fundamentam essa afirmação de preferência, como por exemplo as citadas por Paulo Pulido Adragão. O autor usa como um dos argumentos que a liberdade religiosa pode manter unido um povo com base em sua identidade religiosa. Como exemplo há o povo judeu que por muito tempo permaneceu unido por seu aspecto religioso, e posteriormente houve a criação de seu Estado, Israel. (2002, p. 506/507)

- A liberdade religiosa liga-se diretamente à dignidade da pessoa humana, ao núcleo da dignidade pessoal, porque tem a ver com o estatuto e a origem do ser pessoal. Por isso, a resposta à pergunta sobre o sentido do mundo e da vida repercute-se na inteira experiência humana.
- Ela teve prioridade cronológica na sua explicitação, muito antes do constitucionalismo: a expressão *libertas religionis* é forjada no século III d.C. (TERTULIANO). Por isso, a liberdade religiosa pode ser chamada a mãe de todas as liberdades.
- Estas afirmações admitem comprovação empírica, quanto às suas consequências: a liberdade religiosa é, frequentemente, ponto de partida para a conquista das outras liberdades; a autodeterminação religiosa pode aliás ter um papel determinante na conscientização da identidade nacional de um povo.
- Significativamente, a liberdade religiosa ocupa o primeiro lugar no conjunto de Emendas à Constituição dos Estados Unidos que garantem os direitos fundamentais mais importantes, conhecidos como o *Bill of Rights*.

Essas são duas óticas sob as quais a liberdade religiosa pode ser interpretada: pode ser uma liberdade secundária, se vista como liberdade que advém da liberdade de pensamento; ou como liberdade primária.

3.2 Núcleo Básico

Com relação ao que vem a ser a liberdade religiosa, tem-se grande dificuldade em enquadrá-la no que diz respeito a sua abrangência e limites, que variam no tempo, espaço e circunstâncias. No entanto, há construções doutrinárias

que revelam alguns conteúdos relacionados à manifestação da fé das pessoas, como culto e organização de denominações.

Trata-se de um termo amplo que abrange alguns aspectos da vida religiosa e outros da vida civil, como o casamento e até mesmo política, no caso da escusa de consciência.

Ela se inclui entre as liberdades espirituais. Sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita. Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas na Constituição (SILVA, 2000, p. 251).

No mesmo sentido, Paulo Pulido Adragão inclui, além das três formas explicitadas, alguns outros ramos da liberdade religiosa (2002, p. 507)

Da noção de religião apresentada já se depreende o amplo conteúdo próprio da liberdade religiosa: ela abrange a liberdade de crenças (de ter, ou não ter, ou deixar de ter uma religião), a liberdade de culto, o direito a divulgação das próprias convicções religiosas, a liberdade de reunião e associação religiosas. Não é possível, aqui, ser exaustivo: qualquer enumeração do conteúdo de um direito fundamental terá sempre de renunciar à pretensão positivista de ser completa, pela própria natureza do direito, referido a uma multiplicidade de concretos comportamentos humanos

Observa-se que a liberdade religiosa é um direito muito amplo que encampa diversas formas de exteriorização, sendo que as que podem ser consideradas como núcleo básico são: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. Desses três direitos decorrem outros, que estão igualmente assegurados pela Constituição, como “cláusula pétrea” inclusive, pois fazem parte dos direitos e garantias individuais.

3.3 Classificação

Feitas tais considerações a respeito dos institutos que a liberdade religiosa alcança, é necessário enquadrá-la no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Para isso, será utilizada a classificação feita por Canotilho para os direitos, possibilitando limitações da liberdade religiosa.

A liberdade religiosa se enquadra no rol dos chamados “*Civil Rights* da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas” (CANOTILHO, 2002, p. 360). São direitos comuns a todos da sociedade pertencentes a determinado ordenamento jurídico.

Trata-se de uma liberdade individual que se liga ao *status negativus* “visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado” (CANOTILHO, 2002 p. 361). O cidadão tem o direito de não ter interferência em relação a sua opção religiosa, por exemplo. Teoricamente, da mesma forma que o Estado não impõe uma religião, não deveriam existir intervenções estatais na forma de exercício dessa liberdade religiosa. Deve-se ressaltar que a liberdade religiosa em suas espécies - como a liberdade de culto podem sofrer restrições no caso concreto.

Esse traço específico é o da alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre « viver ou morrer »). A componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex.: ter ou não religião, fazer ou não parte de uma associação, escolher ou não outra profissão (CANOTILHO, 2002, p. 1124).

Pode ser considerada uma garantia institucional pois, para que haja a efetivação da liberdade de culto, algumas prerrogativas são dadas ao local de culto (igreja, templo, salão, etc), por exemplo. Este é beneficiado de forma institucional para que o indivíduo possa exercer a sua liberdade religiosa. No caso concreto, há isenção tributária do local de culto.

Em relação à classificação material dos direitos fundamentais, a que melhor enquadra a liberdade religiosa na Constituição pátria é a “aproximação tendencial aos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias”. Que são “os direitos, liberdades e garantias valem, de forma tendencial, como direitos *self executing*, independentemente da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos” (CANOTILHO, 2002, p. 367). Esses direitos possuem aplicação imediata.

Trata-se de direitos cuja referencia primaria é a sua função de defesa, auto - impondo-se como 'direitos negativos' diretamente conformadores de uma abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados. Nesta medida, ficam fora da categoria de direitos, liberdades e garantias, os direitos fundamentais que consistam, e na medida em que consistam exclusivamente, em prestações do Estado, por serem fundamentalmente instituídos a nível de político-legislativo (CANOTILHO, p. 367).

A liberdade religiosa se faz no ter ou não uma religião, dessa forma o Estado protege o cidadão para que ele não sofra nenhuma interferência em sua opção. O cidadão que opta por uma religião pode exercer seu culto, suas obrigações para com a religião e o Estado deve prover meios para que isso seja efetivado. Da mesma forma que o cidadão que opta por não ter religião, não deve ser coagido a se enquadrar em alguma religião, nem sofrer discriminação por sua escolha. Nesse ponto o Estado não deve privilegiar determinada religião sob pena de ferir a liberdade religiosa das demais religiões e a liberdade de consciência dos indivíduos que não possuem crença.

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.

Tão pouco o fenômeno possui expressão meramente individual; ele é também um fenômeno comunitário. As pessoas vivem-no em conjunto, prestam culto em conjunto e sentem mesmo que a religião implica uma relação de umas com as outras pessoas. A liberdade religiosa é também a liberdade das confissões religiosas (MIRANDA, 1993 – 1998, p. 359).

Uma anomalia na forma de culto mascarado por aparente proteção à liberdade religiosa de um indivíduo, por exemplo, pode levar a sociedade a uma desordem. A religião, se mal utilizada, pode ser instrumento discriminatório ou pode servir de motivação para prática de atos não tolerados., como por exemplo o corte do genital feminino, que desvaloriza de forma manifesta a pessoa da mulher colocando-a em um patamar de inferioridade.

A liberdade religiosa, como a liberdade de consciência, é um direito de natureza tão elevada, e tão difíceis de palpar são, em teoria, as suas relações com os interesses individuais e sociais do homem, que o povo não se pode apaixonar por ela, compreender-lhe o alcance, tentar-lhe a reivindicação enquanto não despertam com uma provocação direta e material (BARBOSA, 1953 – 1964, p. 83).

Cada Estado, dentro da sua soberania, dá um tratamento diferente para a temática religiosa. Os Estados Unidos da América do Norte determina o juramento sob a Bíblia em vários Estados-membros, enquanto que a Inglaterra, desde 1688, excluiu da linha de sucessão do trono os membros não anglicanos ou protestantes. Portanto, desde a Revolução Gloriosa e o fim da dinastia Stuart, todas as demais casas que assumiram ao trono foram protestantes ou anglicanas, incluindo a atual que é de Hanover. Mudou de nome para Windsor durante as guerras mundiais, visto que Hanover era uma casa originariamente alemã. Já no Chile há total liberdade religiosa, embora a Lei Maior chilena estabeleça o catolicismo como religião oficial.

Existem países que ainda não são laicos, como por exemplo, a Arábia Saudita. Outros países, como a França, levam sua característica laica às últimas consequências proibindo qualquer tipo de manifestação religiosa em locais públicos.

No Brasil a liberdade religiosa é total, mas não absoluta, pois de acordo com a maior parte da doutrina, todos os direitos podem sofrer restrições estabelecidas pelo exercício de outros direitos. O Estado é laico, mas permite um grande espectro das manifestações religiosas, como sacrifício de animais, utilização do fumo em locais fechados e manifestações aparentes não de uma religião específica, mas de todas, como uso do véu islâmico, o kipá judaico e a cruz cristã. Portanto, o Estado respalda todas as religiões, dentro dos limites permitidos.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

Ao longo da história do Brasil, a liberdade religiosa passou por várias etapas, a ligação estreita do Estado com a Igreja teve reflexos diretos no modo como a liberdade religiosa foi encarada. Ao contrário de alguns países onde a religião e o Estado tem íntima ligação e ainda assim há a liberdade religiosa para todas as crenças, no Brasil essa ligação fez com que a liberdade religiosa em um primeiro momento fosse nula para as demais religiões que não a católica. Posteriormente, houve a possibilidade de efetivação de alguns aspectos da liberdade religiosa, tais como liberdade de crença porém, outros aspectos, como a liberdade de culto, de liturgia, de construir templos não eram permitidos.

Para melhor compreensão destas etapas, neste trabalho, fez-se a divisão histórica do Brasil Colônia, Império e República e nestes períodos a liberdade religiosa foi brevemente comentada.

4.1 Período Colonial

No período colonial do Brasil, havia forte resistência dos portugueses em relação às demais religiões, a única religião tolerada era a católica. A exemplo de Portugal, o Brasil tinha uma concordata com o Vaticano. A concordata é um tipo especial de tratado que envolve o Vaticano, sendo que por esse tratado, o Brasil teria uma religião oficial e pagaria uma quantia anual de colaboração financeira para os cofres da Santa Sé. Por isso, as demais religiões seriam apenas permitidas, desde que não tivessem templos.

Interessante notar que nesse período o preconceito racial não era tão intenso quanto a resistência que havia em relação a outras religiões que não a Católica Apostólica Romana.

O português considerava seu igual aquele que tinha a mesma religião. Não se importava com a raça. O importante, para ele, era que o estrangeiro professasse a religião católica. O não católico era temido como um adversário político, capaz de enfraquecer a estrutura colonial desenvolvida em parceria com a religião católica. Nota-se, aqui, um forte liame entre a Igreja (Católica) e o Estado (coroa portuguesa). (SORIANO, 2002, p. 68).

A coroa brasileira poderia nomear bispos e ainda utilizaria toda a estrutura física de Igreja Católica como cartório civil, para casamento e registro de nascimento, bem como outras atividades notariais. Essa concordata chamada de “padroado” permitiu que as demais religiões fossem meramente toleradas, pois havia uma religião oficial de dominação portuguesa.

4.2 Período Imperial

No Brasil Império, a liberdade religiosa era limitada, pois não existia a possibilidade de construir templos que não fossem Católicos, bem como havia outras restrições de natureza política e social.

Alguns autores chegam a dizer que era mesmo inexistente devido à influência exercida pela colonização portuguesa, e da aliança que havia entre a Igreja Católica e o Estado. A concordata do “padroado”, que permitiu vantagens para o Vaticano, foi mantida com a independência, pois, Dom Pedro I enxergava que o Papa poderia ser um aliado importante, além do que as estruturas dos templos eram fundamentais para manutenção dos cartórios.

As demais denominações eram extraoficiais. Não tinham o direito de se reunir e celebrar seus cultos em templos, mas apenas em casas. Havia a liberdade de crença, porém, não havia a liberdade total de culto e de organizar denominações.

A Constituição do Império não reconhecia a liberdade de culto com essa extensão para todas as religiões, mas somente para a católica, que era a religião oficial do Império. As outras eram toleradas apenas ‘com seu culto doméstico, ou particular em casa para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo’(art. 5º) (BASTOS, 2001, p. 252)

Religiosos de outras denominações que não a católica, não podiam ser enterrados nos cemitérios, que também eram controlados pela Igreja. Todavia, a principal restrição era no tocante aos direitos políticos, que estavam restritos aos católicos romanos. Os protestantes, por exemplo, não podiam votar e mesmo serem candidatos a cargos públicos eletivos ou mesmo nomeados. Não havia separação entre a Igreja e o Estado.

4.3 Período Republicano

Este cenário muda na República, pois o pensamento republicano não era compatível com qualquer tipo de intolerância, inclusive a religiosa, além do fato dos militares tornarem o País uma federação presidencialista, enxergarem a Igreja Católica como uma ameaça ao novo modelo. O fim da religião oficial abriu espaço para vinda de missionários protestantes, do surgimento de cultos afros e também para a construção de templos. Começa na República a ser construídas a liberdade religiosa no Brasil, com o fim inclusive dos serviços notoriais feitos pela Igreja, como casamento, batizado e registro de imóveis.

Houve a separação entre Igreja e Estado, ou seja, o Estado se tornou laico. Rui Barbosa teve grande influência nesse período.

A Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, parag. 2º; 72, parágrafos 3º a 7º, 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas. O Decreto 119-A/1890 reconheceu personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas. O art. 113, item 5, da Constituição de 1934 estatuiu que as associações religiosas adquiriram personalidade jurídica nos termos da lei civil (BASTOS, 2001, p. 254).

Durante o Brasil republicano é que a liberdade religiosa enfim assume seu caráter pleno, não havendo mais a interferência estatal sobre qual religião o indivíduo deve seguir, bem como a forma que este procede para exercer sua religião. O Estado estabelece inclusive a possibilidade de não possuir religião e os

direitos políticos foram assegurados a todos, independente da religião que professassem.

A liberdade religiosa, nestes moldes, foi reafirmada em 1934, com a posição laica do Estado, que foi bastante democrática. Já na Constituição de 1937, a liberdade religiosa deixa de ser elencada explicitamente, nem o Ditador Getúlio Vargas ousou restringir as manifestações religiosas, embora o tenha feito no tocante aos partidos políticos.

Na Constituição de 1946, volta a figurar a liberdade religiosa “os princípios de separação entre a Igreja e o Estado são reconsagrados no art. 31, inciso, III. Os mesmos princípios foram mantidos na Constituição de 1967/1969” (SORIANO, 2002, p. 82).

Na atual Constituição, a liberdade religiosa não é mencionada *ipsis litteris*, mas há porém algumas vertentes da liberdade religiosa. Portanto, o que existe é um núcleo básico que envolve dois dispositivos e ainda a escusa de consciência, a assistência religiosa em locais de internação coletivo civil e militar, entre outros.

4.4 Constituição de 1988

Na Constituição Federal de 1988, embora o legislador diga que o Estado é laico, traz traços do pensamento cristão presente na sociedade da época, “o simples fato de o preâmbulo de nossa Carta mencionar a expressão ‘sob a proteção de Deus’ é indicativo de que a maioria da Assembléia Constituinte de 1988 professava a fé, sendo esta uma fé baseada num Deus único” (CRUZ, 2009, p. 24). Sabe-se que o Brasil foi colonizado pelos Portugueses, que eram Católicos, inclusive houve a catequização dos índios, e já na colonização o ensino religioso com bases cristãs foi estabelecido para todas as crianças. Dessa forma o preâmbulo é apenas um reflexo cultural e histórico do que foi a estrutura da colonização do país.

Na interpretação da Constituição deve se levar em conta a maior efetividade dos direitos - garantidos pela liberdade religiosa - a todas as religiões e não somente a cristã, pelo fato do Estado ser laico. Deve-se assegurar também os direitos dos que professam nenhuma religião, o que também está alcançado pelo conteúdo do dispositivo da Lei Maior.

A Lei Maior garante como direito individual: no artigo 5º inciso VI remete a liberdade de consciência e de crença. Apesar de distintas, estão ligadas a liberdade religiosa, além de prever o livre exercício dos cultos religiosos e da proteção aos locais de culto e suas liturgias; no inciso VII permite a assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletivas; já no inciso VIII regula a escusa de consciência. A Constituição se preocupou em assegurar a livre determinação do indivíduo em relação a sua religiosidade.

O legislador, inclusive, deu a religião um poder que era do Estado, no caso o casamento religioso com efeito civil, previsto expressamente na Constituição no artigo 226 parágrafo 2º.

Além destes aspectos a Constituição permite os feriados nacionais baseados na cultura religiosa local. A lei 9.093/95 determinou que o legislador municipal poderá instituir quatro feriados religiosos, porém um deles deve ser a “sexta feira da paixão” que é uma data cristã. As outras três datas podem ser estipuladas pelo município da forma que entender adequada a cultura local.

5 A LIBERDADE RELIGIOSA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A liberdade religiosa é um assunto de extrema relevância, tal fato fica explícito ao analisar a quantidade de tratados internacionais que tratam sobre o tema, como visto a liberdade religiosa, para alguns autores, é tida como o primeiro dos direitos a serem positivados.

É de suma importância observar o que dispõe os tratados internacionais a respeito do tema, pois, aqueles em que o Brasil é signatário o vinculam para a com a efetivação do que está disposto no tratado em território nacional. É o caso do Pacto de San José da Costa Rica, onde há dispositivos que devem ser cumpridos pelo Brasil sob pena de ser processado e julgado pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.1 Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948

Organização das Nações Unidas também se mostra preocupada com a questão religiosa. A Declaração Universal de Direitos Humanos foi carta de direitos que não vinculou juridicamente os países signatários. Trata-se apenas de uma declaração, mas que Norberto Bobbio assegura na sua obra “A era dos direitos” o início da terceira geração de direitos, que seriam oponíveis “erga omnes” e o Estado teria obrigação de assegurar independente de qualquer diferença religiosa, étnica, linguística ou outra. Porém elencou direitos humanos que tem relevância para a organização das Nações Unidas e o Brasil foi um dos signatários desse documento.

O artigo I desta Declaração é bastante significativo e assim dispõe:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Já no início da Declaração é possível vislumbrar a liberdade religiosa de maneira implícita uma vez que a Declaração faz menção da fraternidade e da igualdade, no mesmo sentido o artigo II.1

toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza (...)

No artigo XVIII a liberdade religiosa é exposta *ipsis literis*.

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou particular.

Esta declaração nasceu no mundo pós guerra, a guerra havia fragilizado os países e demonstrou o quanto era necessário a positivação de direitos que deveriam ser seguidos por todos os países (apesar deste documento não possuir obrigatoriedade legal para todos os países), de forma a fortalecer os Direitos Humanos a fim de evitar novos desastres, por este motivo é que a liberdade, a fraternidade e a tolerância são características marcantes desta declaração.

5.2 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é um dos três instrumentos que compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos, como o próprio preâmbulo do pacto afirma, o tratado foi celebrado “em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana...” O Brasil também assinou e, posteriormente, ratificou o pacto.

Este pacto, celebrado em, 1968, em Nova York, vai além do que foi disciplinado pela Declaração Universal de Direitos Humanos e tece com maior

minúcia a liberdade religiosa, inclusive cita limitações que esse direito pode sofrer. O artigo 18 dispõe acerca da liberdade religiosa.

Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública quanto privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possa restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Os Estados-Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

O Pacto, de maneira expressa, não admite o exercício do direito da liberdade religiosa de maneira absoluta, entende que a lei pode dar limites a esse direito, que são a manutenção da ordem pública e o possível conflito de dois direitos fundamentais.

5.3 Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919 com a finalidade de promover a justiça social. É uma agência das Nações Unidas, com sede em Genebra.

Constitui-se em sistema tripartite, pois representantes do governo, organização de empregadores e trabalhadores fazem parte dela. A OIT se manifesta através de convenções Internacionais do Trabalho, estas convenções tratam sobre diversos temas relacionados ao trabalho. (Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/> acessado em: 25/10/2012)

Em uma das convenções realizadas pela OIT houve a preocupação dos Estados membros de tutelarem a liberdade religiosa dos trabalhadores, convenção nº 111, o artigo 1:

para os fins desta Convenção, o termo 'discriminação' compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão.

Afim de evitar que houvesse a discriminação no trabalho por motivo de credo esta convenção cuidou de classificar discriminação para que nenhum trabalhador seja privado de um emprego ou demitido por motivos religiosos. Visa proteger a dignidade da pessoa humana e promover a tolerância religiosa.

5.4 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença

Esta declaração tratou de forma breve porém, profunda, a respeito da liberdade religiosa, ao analisar os conflitos criados devido a intolerância religiosa uma convenção foi criada somente para tutelar a liberdade de pensamento e consciência religiosos.

No início da declaração, em um dos motivos do tratado há a seguinte afirmação:

Considerando que a religião ou as convicções, para que as profere, constituem um dos elementos fundamentais em sua concepção de vida e que, portanto, a liberdade de religião ou de convicções deve ser integralmente respeitada e garantida. Considerando que é essencial promover a compreensão, a tolerância e o respeito nas questões relacionadas com a liberdade de religião e de convicções e assegurar que não seja aceito o uso da religião ou das convicções com fins incompatíveis com os da Carta, com outros instrumentos pertinentes das Nações Unidas e com os propósitos e princípios da presente Declaração.

A declaração se preocupou em definir o que vem a ser intolerância (artigo II), cuidou para que os Estados acordassem que tomariam medidas eficazes a fim de erradicar a discriminação por motivos religiosos (artigo IV), além de tomar medidas para viabilizar a liberdade de culto (artigo VI), e outros aspectos da vida religiosa. Estabeleceu o limite da ordem pública à liberdade religiosa, uma vez que o Estado não pode aceitar religiões ou com fins distintos ao da declaração.

5.5 Convenção de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

Com a Carta da OEA e o Pacto de San Jose da Costa Rica nasceu da Organização dos Estados Americanos que é uma organização regional, braço da ONU, que se preocupa com o aspecto regional, cuida dos direitos humanos nas américas.

O Brasil é signatário deste tratado, que possui uma carta de direitos que deve ser seguida pelos Estados membros, cuida para que não haja abuso do Estado, nem violação dos direitos humanos nos países. Criou a Comissão Interamericana de direitos humanos que faz relatórios dos países signatários, envia e emite pareceres a respeito de eventuais violações aos direitos humanos, além do que institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual 25 dos 35 Estados membros da Organização dos Estados da América estão sujeitos a jurisdição.

Em seu artigo 12 itens de 1 a 4 o Pacto utilizou a mesma redação feita pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, isso abriu a possibilidade, no Brasil especificamente, de haver a tutela específica da liberdade religiosa em uma Corte Internacional da qual o Brasil expressamente aceita a jurisdição. Sendo assim caso haja a violação da liberdade religiosa do indivíduo, além de poder buscar a efetivação desta na jurisdição nacional, é possível ter seu direito tutelado por um órgão internacional.

5.6 A Internalização dos Tratados Internacionais

A Constituição Federal em seu artigo 5º, parágrafo 2º, diz respeito à internalização de tratados internacionais, entre os quais estão os direitos humanos em nível regional e global que envolvem a proteção da liberdade religiosa.

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos integram a Constituição com assento Constitucional, já os demais tratados integram o ordenamento jurídico como lei ordinária.

Os tratados internacionais de direitos humanos, excepcionados pela Constituição, além de terem a natureza de norma materialmente constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já, os demais tratados (tradicional ou comuns), além de apresentarem natureza infra constitucional nos termos do artigo 102, III, b da Constituição (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno. Ou seja, um é o regime adotado quando se tratar de tratados internacionais que disponham sobre direitos humanos; outro é o aplicável quando o tratado que estiver em jogo não for de direitos humanos, mas sim um tratado tradicional ou comum (MAZZUOLLI, 2000, p. 156).

Para a interpretação dos direitos fundamentais, não devem ser levados em conta somente os artigos descritos na Constituição Federal. Observa-se que o rol não é taxativo, há outros direitos fundamentais não elencados na Constituição.

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental (MENDES, 2010, p. 346).

Sendo assim, há que se observar aquilo que o Brasil acordou em tratados internacionais para que seja possível vislumbrar algumas outras diretrizes dadas à liberdade religiosa.

Em votação histórica no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello vislumbrou o status de supra legalidade dos Tratados Internacionais. Até o julgamento que ocorreu em 03 de Dezembro de 2008 no RE 466.343-SP a doutrina era dividida quanto ao status que recebia do tratado Internacional, alguns o colocavam no patamar de lei ordinária, outros afirmavam que possuía status de norma constitucional. Porém, o Ministro inovou na interpretação e deu aos Tratados Internacionais um tratamento diferenciado, o da supra legalidade, onde não são tratados como lei ordinária, mas possuem um espaço especial na Constituição.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui características de supra legalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supra legalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipara-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (Voto do Ministro Celso de Mello no RE 466.343- SP).

Quanto à internalização dos direitos fundamentais, há um ponto importante, uma vez que os direitos humanos internalizados possuem status constitucional, há a possibilidade de haver confronto com uma norma constitucional e um tratado de Direitos Humanos internalizado. Desta forma a solução se dá por aquele dispositivo mais benéfico ao ser humano.

O raciocínio é simples: abstraindo-se a referência aos tratados, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros '*decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*' (artigo 5º, parágrafo 2º). Um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais é o princípio da *prevalência dos direitos humanos* (CF, art. 4º, II) que, aliás, é a primeira vez que aparece em uma Constituição brasileira, como princípio fundamental a reger as relações internacionais do Estado brasileiro. Ora, se é *princípio* da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não se pode chegar, senão o de que todo tratado internacional de *direitos humanos terá prevalência* no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor. A conclusão, aqui, mais uma vez, decorre da própria lógica jurídica, que não

pode ser afastada, interpretando-se corretamente aqueles preceitos (MAZZUOLI, 2000, p. 131).

Num confronto entre a proteção internacional e a Lei maior, prevalece a que for mais benéfica ao indivíduo. Tanto pode ser aplicada a Constituição como o Tratado Internacional, essa interpretação deve ser feita de acordo com cada caso.

6 OS CONFLITOS ATINENTES A LIBERDADE RELIGIOSA

Nos dias atuais, a liberdade religiosa ganha um foco especial, há conflitos no oriente Médio de cunho religioso, além de problemas que diariamente os países enfrentam por conta da diversidade religiosa. No entanto, a Europa também é assolada com divergências de cunho religioso, enquanto que na África são frequentes mesmo massacres e guerras.

Contudo, os países árabes apresentam as maiores restrições ao direito de liberdade religiosa.

“Só muçumanos podem ser cidadãos da Arábia Saudita. Não há separação entre o Estado e a religião. A lei religiosa rege o país inteiro. Não pode ser construído nenhum local de adoração que não seja muçumano. A prática de qualquer religião, exceto o Islamismo, é proibida. Ninguém se atreveria a andar pela rua abertamente carregando uma Bíblia. Até mesmo um estudo bíblico feito em segredo na casa de alguém pode significar a prisão ou expulsão para qualquer estrangeiro. Para um muçumano convertido, significa a morte.”. (HUNT, 2006 p. 57/58)

Na Europa, há problemas na Alemanha, Áustria e Holanda. Mas, na França houve uma questão muito polêmica que deixou nítida a posição laica do Estado. A jurisprudência Francesa decidiu sobre a não utilização do *foulard*, lenço usado sobre a cabeça das mulheres que não tampa seu rosto por inteiro, que não se confunde com o chador iraniano ou de um véu que oculta toda face das mulheres, chamado de burca, nas dependências das escolas públicas.

O Conselho do Estado francês entendeu que o *foulard* é mais do que uma questão cultural, significa filiação religiosa, sendo assim quando foi chamado para discutir sobre a expulsão de alunas magrebina que usavam tais lenços, decidiu favoravelmente sob o argumento de que a laicidade do Estado não pode permitir esse tipo de proselitismo. Afirmou que o uso de sinais referentes à religião, em si não podem ser proibidos, justamente pela liberdade religiosa que os cidadãos gozam, mas a posição laica do Estado não pode permitir qualquer tipo de

proselitismo, pressão ou provocação que tais sinais podem gerar no sentimento coletivo.

Assim, a doutrina do Parecer do Conselho de Estado de 1989, cerne da questão do *foulard*, merece-nos uma avaliação bastante crítica. A afirmação da compatibilidade de princípio do uso e sinais e de pertença religiosa pelos alunos nas escolas públicas com a laicidade é contraditório com a derrogação da liberdade de proselitismo, na definição dos limites à liberdade de manifestação da religião. Não é possível distinguir entre manifestação da religião e difusão da mesma: está em causa o mesmo bem jurídico: a livre prática externa da religião. A distinção relevante não é entre manifestação da religião e proselitismo mas entre proselitismo legítimo e proselitismo ilegítimo. Sem liberdade de proselitismo, aliás, não há liberdade de mudar de religião, como recordava o Relatório de 1996 da Comissão de Direitos Humanos (ADRAGÃO, 2002, p. 178).

O Brasil tem enfrentado problema atinente ao véu usado pelas mulheres muçumanas. Recentemente, em São Paulo, a muçumana Ahlam Saifi foi renovar sua carteira de habilitação porém, na metade da prova de renovação, o funcionário do CFC a indagou onde ela retiraria o véu para continuar a prova. Ahlam não retirou o véu e a prova foi cancelada. (Mulçumana proibida de fazer o teste n Detran por motivo (uso do véu). (Disponível em: <http://www.direitosc.com.br/products/mul%C3%A7umana%20proibida%20de%20fazer%20teste%20no%20detran%20pelo%20motivo%20%28uso%20do%20veu%29/>. Acessado em 20/10/2012)

Para possuir a carteira de habilitação é feito um documento com foto e este documento segue as regras do item 1 anexo IV da resolução 192 do CONTRAN que assim dispõe: “O candidato ou condutor não poderá estar utilizando óculos, bonés, gorros, chapéus ou qualquer outro item de vestuário/acessório que cubra parte do rosto ou da cabeça.” (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1162393-detran-proibem-muculmanas-de-cobrirem-cabelo-em-fotos-de-cnh.shtml> . Acessado em 20/10/2012)

Neste caso há o conflito entre o que a regra do ordenamento jurídico brasileiro estabelece e o que a religião dita. Algumas religiões exigem que as mulheres andem com o rosto coberto, há um choque entre o princípio da liberdade religiosa e uma regra dada pelo ordenamento.

Ainda no Brasil houve um episódio que chocou o país, em Garanhuns, agreste de Pernambuco, três pessoas foram presas acusadas de terem matado, esquartejado e enterrado duas mulheres. Posteriormente foi descoberto que o trio usava a carne das vítimas para fazer salgado e vender, além de se alimentarem com esta carne.

A justificativa que os acusados usaram é que faziam isso em nome de uma seita, chamada Cartel, em reportagem feita pelo O Globo os acusados afirmaram que: “escolhiam as vítimas da seguinte maneira: ao passar por essas vítimas, eles diziam que uma entidade os alertava que essas pessoas eram más.” (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/policia-diz-que-trio-fazia-salgados-com-carne-humana-em-pe-4639551#ixzz22VpguQct>. Acessado em 03/08/2012)

São ações como esta que justificam a limitação e restrição da liberdade religiosa. No caso da França, há uma questão Constitucional que é discutida, para alguns há exagero por parte deste país, uma vez que da mesma forma que mantém rígida a sua posição laica, pode ferir a liberdade de expressão e religião do indivíduo. Em relação ao uso do véu em documentos pessoais no Brasil, posteriormente será analisado se esta atitude se enquadra em uma das restrições que a liberdade religiosa pode sofrer.

Quanto ao caso de canibalismo, o senso comum evidencia que a liberdade religiosa deve ter limites, casos como estes causam revolta na população, sendo assim será analisado sob qual argumento a liberdade religiosa é restringida para evitar que delitos, como o homicídio que ocorreu, não sejam amparados pela liberdade religiosa.

7 RESTRIÇÕES E LIMITES DO DIREITO A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

A história testifica inúmeras barbáries que ocorreram em nome de um sentimento religioso. Entre alguns exemplos estão as cruzadas, a santa inquisição, a intifada, etc. Não apenas pelo sentimento religioso, mas também porque a liberdade de culto ou a liberdade de liturgia podem ferir outros princípios igualmente fundamentais, tais como o direito a vida ou o direito da dignidade da pessoa humana.

A dificuldade em se estabelecer, antecipadamente, limites e restrições à liberdade religiosa está no seu status, pois trata-se de um direito que faz parte do núcleo imodificável da Constituição, pilar da democracia brasileira. Além da liberdade religiosa ser um direito fundamental de várias vertentes, também é um vetor, ou seja, um princípio estruturador e anterior à Constituição, que apenas o reconheceu. Por ser uma liberdade e uma garantia fundamental, fundante do Estado, só deve ser restringida em casos excepcionais. Existem poucos valores de mesma natureza que podem ensejar, em tese e no caso concreto, a possibilidade de uma limitação.

Para facilitar a visualização dos limites da liberdade religiosa no sistema constitucional brasileiro, é necessário que seja definido o que pode ser entendido como possibilidades jurídicas de limites e restrições. Jorge Reis Novais os conceitua da seguinte maneira. (2003, p. 155)

Etimologicamente há, porém, uma diferença de perspectivas: enquanto restrição (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem o sentido de extrema, de fronteira. Assim, enquanto que restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a relação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento e restrição.

Objetiva-se dar contornos a liberdade religiosa, e eventualmente estabelecer alguns limites que pode sofrer quanto direito fundamental dentro de uma coletividade, que passa por constantes mudanças.

7.1 Limites e Restrições no Direito Comparado

As restrições dadas a esse mesmo direito no ordenamento comparado serão brevemente comentadas, com a finalidade de examinar os questionamentos realizados pela doutrina e jurisprudência de outros Estados, o que certamente colaborara bastante para este estudo.

Paulo Pulido Adragão estudou a fundo a liberdade religiosa nos Estados Unidos da América, na França, Alemanha, Itália e Espanha, com base em seu estudo fez o seguinte resumo a cerca de seus limites. (2002, p. 266)

1. Nos EUA, a Constituição não os refere explicitamente, mas deve considerar-se a imposição de limites, a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal, através da interpretação extensiva dos conceitos de estabelecimento de uma religião e de interesse governamental, enquanto fim prosseguido pelas leis restritivas da liberdade religiosa.
2. Em França, a ordem pública é o único limite explícito à liberdade religiosa que consta do *bloco de constitucionalidade*, para além da aplicabilidade dos limites gerais aos direitos fundamentais. Deve acrescentar-se a extensa definição jurisprudencial de limites à liberdade de manifestação da religião, obra do conselho Estado no Parecer sobre o *foulard*, em 1979.
3. Na Alemanha, a Constituição não refere qualquer limite específico da liberdade religiosa, estando a sua identificação a cargo da jurisprudência e da doutrina.
4. Em Itália, só a Constituição define os limites à liberdade religiosa, podendo aí referir-se a não violação do ordenamento jurídico pelos estatutos confessionais, os bons costumes, bem como a refracção dos limites à liberdade de associação sobre as pessoas coletivas religiosas. A doutrina refere-se ainda à limitação da liberdade religiosa pela ordem pública.
5. Em Espanha, a Constituição espanhola subordina a liberdade religiosa ao conceito indeterminado de ordem pública. A partir dele, a Lei Orgânica da Liberdade Religiosa constrói uma clausula geral de limites, que integra, como seus elementos, os direitos alheios, a segurança, a saúde e a moralidade pública

Nestes países, que são laicos, nota-se que há a liberdade religiosa e que ela possui limites, dados pela própria lei, pela jurisprudência ou pelos costumes.

O Chile, por exemplo, no artigo 6º de sua Constituição coloca como limite à liberdade religiosa a moral e os bons costumes, conforme será visto este limite pode levar a várias arbitrariedades pelo seu caráter subjetivo.

No entanto, existem países onde não há liberdade de se ter uma crença diferente daquela adotada pelo Estado. É o caso, por exemplo, da Arábia Saudita. O artigo 1º da Constituição desse país afirma que a religião do Estado é o islã. O direito nesse país é todo ordenado de acordo com os preceitos religiosos ditados pelo Islã.

Ate mesmo a proteção aos direitos humanos encontram-se condicionada ao império da religião, conforme prescreve o art. 25: 'O Estado protege os direitos humanos de acordo com a Religião Islâmica.' ” (SILVA NETO, 2008, p. 45)

Neste caso o limite da liberdade religiosa, é ser islão. Não há qualquer possibilidade de haver outra crença que não a adotada pelo Estado. Há de se ressaltar que o fato do Estado adotar uma religião como oficial, como é o caso da Arábia Saudita, da Argentina, Bolívia, Uruguai não necessariamente restringe a liberdade religiosa do indivíduo pelo simples fato dele não professar a mesma fé que o Estado. Existem casos como o da Arábia Saudita em que o Estado proíbe qualquer outra fé que não a do Estado, mas isto não ocorre, por exemplo, com a Argentina, Bolívia, Uruguai.

7.2 Limites e Restrições no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil adota um sistema misto em relação às restrições, algumas delas estão descritas na própria Constituição e outras possuem autorização expressa da Constituição para que o legislador ordinário as estabeleça.

Canotilho afirma que para definir o limite ou as restrições que um direito, garantia ou liberdade pode sofrer, deve-se observar qual o âmbito de proteção da norma, de forma análoga é possível transportar este raciocínio para os direitos fundamentais, qualquer limite ou restrição imposto a um direito fundamental deve respeitar seu núcleo básico.

O autor entende que se deve observar quais os limites e restrições estabelecidos constitucionalmente para determinado direito. Dessa forma, verifica-se o núcleo básico do direito fundamental tendo por base aquilo que lhe foi conferido constitucionalmente. Dentro do raciocínio do doutrinador, no entanto, observando a estrutura jurídica que vem sendo estabelecida no ordenamento brasileiro, deve-se levar em conta aquilo que os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário estabelecem.

Na liberdade religiosa, além da liberdade conferida pela Constituição Federal que basicamente em dois artigos tutela aspectos desta liberdade, deve-se levar em conta os tratados internacionais celebrados pelo Brasil. O Pacto de San José da Costa Rica, por exemplo, tutela expressamente a liberdade de ter seus próprios cultos, celebrar seus ritos, práticas e ensino.

Os limites estabelecidos pelos pactos ou pela própria constituição podem ser chamados de “limites constitucionais imediatos” porém, há restrições que são autorizados pela Constituição, o próprio constituinte confere ao legislador ordinário o poder de dar ao direito fundamental limites ou restrições, neste caso tais limites ou restrições são chamados de “limites ou restrições estabelecidos por lei”. A reserva de lei restritiva deve obedecer ao núcleo básico já tutelado pela constituição, o legislador ordinário não tem o poder de restringir um direito fundamental a ponto de cercear prerrogativas que lhe são básicas. Aqueles direitos que não possuem restrições expressos na Constituição, ou que não possuem permissão Constitucional para que uma lei ordinária determine restrições ou limites, podem encontra-los nos chamados “limites imanentes”.

7.3 Limites Imanentes

Os limites imanentes são parâmetros de restrição complexos, pois, se não efetuados de forma criteriosa, podem servir para restringir direitos fundamentais de forma aleatória. Esses limites se embasam na possibilidade da restrição de um direito fundamental somente com base em “limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos” (CANOTILHO, 2002, p.1143).

Os limites imanentes embasam restrições que não estão expressas na Constituição de forma literal, mas que devem ser observadas para que não haja um caos social, ou para que o direito não seja usado como provedor de arbitrariedades.

Logo, quando em conformidade à intenção constituinte os poderes públicos atuam no domínio das liberdades individuais em ordem a compatibilizar o seu exercício com os outros valores igualmente dignos de tutela jurídica não estão a criar constitutivamente novos limites aos direitos fundamentais, não estão verdadeiramente a restringir o seu conteúdo, mas apenas a declarar, interpretar ou concretizar os referidos limites imanente que demarcam, a priori, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 440).

Estes limites buscam uma conformidade com todo o ordenamento jurídico, usar de forma abusiva tais limites leva a restrição de direitos fundamentais indistintamente, porém, se respeitado o ordenamento jurídico, os limites imanentes atuam de forma a organizar os direitos, efetivando-os da melhor forma dentro do ordenamento.

Os limites imanentes justificam-se em virtude da existência de «limites originários ou primitivos» que se impoem a todos os direitos: (i) «limites constituídos por direitos dos outros; (ii) limites imanentes da ordem social»; (iii) «limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma «cláusula da comunidade» nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre «limitados» desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade. (CANOTILHO, 2002, p. 1264)

Tendo como base tais considerações a respeito das formas como podem ser feitas as restrições, há pelo menos uma restrição que cabe ao direito de liberdade religiosa (e direitos fundamentais como um todo). Tal restrição não visa apenas os ramos do direito de liberdade e sim seu núcleo de proteção. Esta restrição pode ser definida como garantia da ordem pública.

8 A ORDEM PÚBLICA

A restrição imposta pela manutenção da ordem pública é uma restrição que os direitos fundamentais sofrem e que pode não estar expressamente descrita na Constituição para aquele determinado direito fundamental. Visa assegurar os patrimônios de ordem pública, e nesse rol de patrimônios, está à vida em sociedade, segurança, moral pública, entre outros. Visa garantir equilíbrio nas relações sociais, esta proteção é feita pela atividade de polícia do Estado.

Ao se examinar a ordem pública em suas diferentes manifestações, verifica-se que cada disciplina jurídica possui seu próprio núcleo de regras e princípios fundamentais e em cada disciplina será também diferente a eventual constatação da violação da ordem pública (APRIGLIANO, 2011, p. 5/6)

A ordem pública tutela bens importantes para o bom funcionamento do Estado, a dignidade da pessoa humana é um deles, assim como a segurança, a moral pública, a saúde, a vida. Há ainda bens jurídicos de ordem pública, expressamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Em relação ao direito brasileiro, por exemplo, atos e negócios jurídicos que envolvam direito ambiental não podem ser realizados sem a observância das políticas e normas específicas de proteção do meio ambiente, estabelecidas na legislação federal, estadual ou municipal (CF, artigo 225). Ou ainda, não é possível convencionar a renúncia de alimentos (CC, artigo 1.707), ou dispor ampla e livremente dos direitos de filiação, paternidade e, de um modo geral, dos direitos de personalidade (CC, artigo 11). (APRIGLIANO, 2011, p. 17/18)

O legislador elencou alguns direitos que são indisponíveis, considerando-os como de ordem pública. Por exemplo uma religião onde houvesse um livro de regras, cujo primeiro mandamento fosse que o ser humano deve procriar, indistintamente, sem que cuide daquele que ele gerou e que é proibido aos pais reconhecerem legalmente seus filhos. Mesmo que pareça absurda a situação é

um claro exemplo de subversão da ordem pública, primeiro porque o próprio ordenamento jurídico coloca o direito de filiação como ordem pública e segundo porque nessa hipótese haveria um grande número de crianças abandonadas que ficariam sob custódia do Estado. Sendo assim o Estado deve cuidar para que a ordem social e pública seja mantida.

Assim para além da atividade de polícia no âmbito da prevenção da ocorrência dos ilícitos penal e de ordenação social, reconhece-se à Administração, com base numa *reserva* ou *cláusula geral de polícia*, uma competência geral de *prevenção e eliminação de perigos*, de proteção contra atividades intoleravelmente perturbadoras da *ordem pública*, entendendo-se como tal aquelas situações que, a não verem o seu curso de desenvolvimento impedido, conduzem necessariamente a danos nos bens de ordem pública (NOVAIS, 2003, p. 476).

Ocorre a intervenção do Estado e a restrição do direito fundamental em relação a ilícitos penais que possam decorrer da liberdade religiosa. Não é o fato de a liberdade religiosa ser um direito fundamental que a faz ter plenos poderes a ponto de não sofrer intervenção do direito penal. Aldir Guedes Soriano afirma que “atividades ilícitas não são admitidas pelo ordenamento jurídico, mesmo quando praticadas sob pretextos religiosos” (2002, p. 15).

Paulo Gustavo Gonet Branco assim afirma sobre as restrições que podem sofrer os direitos fundamentais. (2010, p. 368)

Em outros casos, ainda, a limitação intrínseca da norma de direito fundamental encontrará embasamento na consideração da função social que o direito proclamado exerce, em especial tendo em vista o seu significado para o regime político.

Para descobrir as condutas que estão enfeixadas no suposto de fato da norma advoga-se, outras vezes, que se verifique se a conduta não está definida como crime

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, em Habeas Corpus, que foi improvido sob a argumentação de que a prática da liberdade religiosa não legitima o ilícito penal “curandeirismo”, justamente pelos motivos supracitados (STF: RHC 62.240/SP, RTJ, 114/1038, Rel. Min. Francisco Rezek).

Por fim, nota-se que Rui Barbosa já vislumbrava essa restrição ao direito de liberdade. Por volta de 1941 - em um de seus pareceres à imprensa quando discutia questões religiosas sobre a excomunhão dos maçons assinada inclusive pelo papa - Rui Barbosa se pronuncia em defesa da liberdade religiosa, que até então estava sob domínio da Igreja Católica.

Não temos preferências pronunciadas nem pela Igreja nem pelo Estado.

O que queremos é que dominem nas relações dos cultos com o poder civil os dois grandes princípios que constituem a nossa bandeira política e que são os princípios eternos da ordem e da liberdade.

Liberdade para a Igreja e liberdade para o Estado, eis a nossa doutrina.

Que as igrejas, essas associações resultantes da identidade de crenças, vivam livres na adoração de seu Deus, na propagação de sua fé, na difusão de suas doutrinas, que elas, independentes de qualquer poder estranho, possam elevar-se à adoração do eterno princípio de todos os seres; que, por seu lado, o Estado, único poder nas sociedades livres, gire independente na órbita de sua ação, e não queria comprimir os cultos senão quando eles ofenderem a ordem e a paz das sociedades: eis o nosso *desideratum* (BARBOSA, 1953-1964, p. 148).

Essa forma de restrição não é expressamente autorizada pela Constituição, contudo, ela se aplica ao Direito Fundamental justamente pela ótica objetiva que os direitos fundamentais possuem. Esta ótica é congruente com a ótica *ex part populli*, onde a efetivação e o controle do Direito Fundamental é exercido também pelo Estado, não é somente uma garantia do indivíduo.

Está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade, na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e pela qual não pode ser dissociado, podendo falar-se neste contexto, de ma responsabilidade comunitária dos indivíduos (SARLET, 1988, p.146).

O limite imposto pela garantia da ordem pública não está explicitamente contido na Constituição Federal para a liberdade religiosa, mas pode

ser encontrado na Convenção de Direitos Humanos (artigo 12,3), por exemplo, que foi internalizada pela Constituição Federal.

8.1 Os Ilícitos

Existe uma clara limitação da liberdade religiosa, quando ela afronta normas penais, conforme supracitado. A liberdade religiosa, apesar de ser uma garantia do cidadão, deve estar consoante com a ordem pública. Para que haja a manutenção da ordem pública deve ser observado aquilo que o ordenamento jurídico incrimina.

Os princípios que no campo penal constituem instrumentos de tutela dos direitos humanos de primeira geração, embora pesem episódicas derrogações, estão hoje, pelo menos em termos legais, inclusive alguns com gabarito constitucional, consagrados em todo o mundo civilizado. Constam inclusive no mais importante documento legislativo do nosso século, 'A Declaração Universal dos Direitos do Homem,' editada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 (LUIZI, 1991, p. 104).

Além da limitação imanente, há a limitação que deriva da escolha feita pelo legislador constituinte, que deu ao legislador originário o poder de criar as leis penais que devem ser observadas inclusive, pelos princípios. Sob essa perspectiva há como analisar algumas condutas praticadas em nome da religião e qual a possível restrição que a liberdade religiosa pode sofrer nestes casos.

8.1.1 Do corte do genital feminino

Dentro dos ilícitos penais que podem ser cometidos em nome da liberdade de culto está o corte do genital feminino, que pode ser feito em várias modalidades, desde a retirada do clitóris (ablação) com efeito de retirar o prazer da

mulher no ato sexual até a costura dos grandes lábios da vagina (infibulação), que impede por completo a mulher de ter prazer na relação sexual.

Atualmente, entre 100 e 140 milhões de mulheres sofreram ablação de clitóris no mundo todo, especialmente na África Subsaariana, mas também em outras regiões onde a prática é tradicional, e inclusive nos países da Europa e América do Norte, onde o total chega a 6,5 milhões, segundo dados do Instituto Nacional de Estudos Demográficos da França (Ined), liderado por Armelle Andro e Marie Lesclingand. A imigração levou a ablação a países europeus, como a França. Segundo as estimativas do Ined, de 42 mil a 61 mil mulheres francesas sofreram a extirpação do clitóris. (Disponível em <<http://www.ined.fr/fr/publications/population/>. Acessado em: 21/08/2012)

No Brasil, não existem dados ou registros sobre tais práticas. Na França tornou-se comum famílias islâmicas receberem um dia a visita de uma *sage femme*, que é uma parteira árabe, vinda expressamente da África para executar esse “trabalho”, que viola a dignidade do ser humano. Na Espanha ocorre um fenômeno inverso: as meninas árabes islâmicas são levadas por seus pais ao país de origem para que lá seja realizada a mutilação. Segundo médicos, algumas dessas mutilações ocorrem na própria Espanha. Canadá, Suécia e Estados Unidos da América do Norte consideram o problema como grave e estão concedendo asilo a mães e filhas árabes islâmicas, quando estas últimas sentem-se ameaçadas pela ablação do clitóris em seus países de origem. (Disponível em: http://elpais.com/tag/mutilacion_genital/a/. Acessado em 21/08/2012)

Trata-se de uma prática ritual de caráter religioso que tem a finalidade de preservar a mulher das relações sexuais impuras antes do casamento. A mutilação traz desconforto durante a relação sexual para que dessa forma seja preservada a honra do marido. No entanto, embora o corte do genital feminino seja feito por um clérigo, sua prática não é aceita por todos os islâmicos.

Estas práticas, para além das lesões com caráter permanente que provocam, levam à amputação de órgãos saudáveis como é o caso do clitóris e, com frequência, também dos pequenos e grandes lábios. O termo mais corrente, mesmo em documentos internacionais, é Mutilação Genital Feminina, carregando assim, valores ocidentais de defesa dos direitos

humanos, numa caminhada iniciada com a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) (MARTINGO, 2009, p. 29).

Segundo o jurista Sami Aldeeb Abu-Sahlieh há uma interpretação abusiva do Corão que pode levar ao entendimento de que Maomé incentivou a circuncisão feminina.

Quando aludindo aos argumentos religiosos a favor da circuncisão, tanto masculina como feminina, no Islamismo, faz referência ao que ele define como uma interpretação abusiva da Sura 2:124, em conjunção com a Sura 16:123. O Islamismo, ao adotar o Velho Testamento como referência, vai igualmente adotar Abraão como seu Profeta. Ao fazê-lo, e uma vez que a circuncisão foi ordenada por Deus a Abraão como sinal de aliança entre seu povo e Deus, os defensores do corte veem-no como uma obrigação para os descendentes do patriarca, indistintamente para homens e mulheres (MARTINGO, 2009, p. 171).

Uma vez que tal ato pode ser legitimado pela liberdade religiosa, mostra-se sua restrição no tocante a esta prática ser um ilícito penal. O artigo 129 do Código Penal descreve a seguinte conduta: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” mais adiante no parágrafo 1º inciso III afirma ser a lesão corporal de natureza grave aquela que resulta a debilidade permanente de membro, sentido ou função. A respeito deste tipo penal, Cezar Roberto Bitencourt esclarece (2011, p. 186).

O bem jurídico penalmente protegido é a integridade corporal e a saúde da pessoa humana, isto é a incolumidade do indivíduo. A proteção legal abrange não só a integridade anatômica como a normalidade fisiológica e psíquica.

Fica evidente que o bem tutelado não diz respeito somente à integridade física da mulher, pois o tipo penal prevê a tutela de sua normalidade psíquica. O órgão genital feminino não só é um meio de procriação quando realizado o ato sexual, mas também corresponde às necessidades físicas da mulher, quanto às suas necessidades básicas. Além do que, em relação à ablação do clitóris, tem-se que a mulher perde prazer na relação sexual atingindo diretamente sua integridade psíquica.

A lesão provocada por este ato é de natureza gravíssima uma vez que resulta na “perda ou inutilização de membro, sentido ou função”; (Artigo 129, parágrafo 2º, inciso III do Código Penal). Nesse caso, depende qual o tipo de corte feito na genital feminina. Caso seja a ablação do clitóris, ele resulta na perda do sentido e função, uma vez que o clitóris é extirpado do corpo da mulher. Caso trate-se da infibulação – em que se costura os grandes lábios – há a inutilização da função do órgão. Por esses motivos, não há como enquadrar tal conduta a não ser no descrito neste inciso.

Há perda quando cessa o sentido ou função, ou quando o membro ou órgão é extraído ou amputado... A perda pode operar-se por meio de mutilação ou amputação, a primeira ocorre no momento da ação delituosa, seccionando o órgão; a segunda decorre de intervenção cirúrgica, com a finalidade de minorar as consequências. Há inutilização quando cessa ou interrompe-se definitivamente a atividade do membro, sentido ou função; na inutilização, não há a exclusão, mas a subsistência, embora inoperante. Inutilização de membro, sentido ou função não é outra coisa que a sua perda funcional; e perda é o perecimento físico, é a eliminação material do órgão. Na inutilização o membro permanece ligado ao corpo, mas inoperante em sua atividade própria ou função. (BITENCOURT, 2011, p. 200)

A “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra mulher” visa assegurar à mulher igualdade na sociedade, toda e qualquer forma de discriminação é veemente combatida. O Estado deve resguardar a mulher de qualquer abuso de poder, haja vista que a história testifica o status de inferioridade que foi garantido à mulher, por esse fato se justifica a adoção de medidas que visam a igualdade entre homens e mulheres (WEIS, 1999-2006, p. 83).

Relembrando que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade (MAZZUOLI, 2001, p. 380).

O artigo 5º da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher assim dispõe:

Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para:

a) Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que esteja baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

Por ser um tratado de direitos humanos, adentra o ordenamento jurídico com status supralegal. Neste caso a proteção da mulher, para determinadas religiões pode estar em confronto com sua liberdade de culto que é assegurada pela Constituição Federal. Porém, por ser o tratado mais favorável à vítima, ele é quem prevalece sobre a norma Constitucional. Este é mais um motivo pelo qual o corte do genital feminino não pode ser uma prerrogativa da liberdade religiosa.

8.1.2 Do santo daime

Em relação aos ilícitos penais que podem ser cometidos em nome da liberdade religiosa, existe uma questão controversa em relação a uma seita chamada Santo Daime, que oferece a seus adeptos um chá que possui o mesmo nome e é extraído da raiz de uma planta amazônica chamada Ayahuasca.

Esta seita foi fundada nas primeiras décadas do século XX, não é uma religião que prega o proselitismo, tem como doutrina o autoconhecimento espiritual, pratica espiritual individual; "... tem como base o uso sacramental de uma bebida enteógena (para os psiquiatras, uma droga psicodélica), a ayahuasca." (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Santo_Daime. Acessado em: 25/10/2012)

O Santo Daime, desde que ganhou adeptos em todo o país, virou também polêmica política. Em 2003, o Ministério da Justiça divulgou parecer Técnico nº 001/2002 incriminando o uso legítimo do chá Hoasca (Ayahuasca) o nome científico do Daime. No mesmo ano, o Ministério de Relações Exteriores determinou o cancelamento do registro de marcas e patentes de vários produtos biológicos da Amazônia, entre eles o Ayahuasca. As duas

medidas foram alvo de requerimento de informações de deputados. Em 2006, a Secretaria Antidrogas do governo promoveu um seminário para debater o efeito do chá.

A dimetilriptamina, princípio ativo do Santo Daime, é uma substância proibida na maioria dos países, inclusive no Brasil, que é signatário da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas da Organização das Nações Unidas. Porém, a convenção não inclui como proibida plantas ricas nesta substância, como a erva-rainha ou ayahuasca, como é conhecida por tribos indígenas da Amazônia. (Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2010/03/21/daime-uma-droga-que-nao-tem-nada-de-santa/>. Acessado em 08/08/2012)

No Brasil o Santo Daime não é considerado como droga, até porque a Ayahuasca não se encontra na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998 que regulamenta no Brasil quais substâncias são consideradas drogas. Dessa forma o uso do Santo Daime não se enquadra em nenhum ilícito penal, o que conseqüentemente não traz qualquer restrição ao uso do mesmo na celebração de cultos dessa religião.

Recentemente (12/03/2010) houve uma questão polêmica envolvendo o uso desse chá. O cartunista Glauco Vilas Boa - que criou a igreja Céu de Maria em Osasco - onde usava o chá nas celebrações de seus cultos - e seu filho, foram mortos por Carlos Eduardo Sundfeld Nunes. Após a ingestão da bebida, Carlos Eduardo, teve alucinações e afirmou ser a reencarnação de Cristo, por isso matou o cartunista e seu filho. (Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2010/03/21/daime-uma-droga-que-nao-tem-nada-de-santa/> Acessado em: 08/08/2012)

Neste caso surge uma possível restrição ao uso do chá nos cultos, uma vez que não é considerado como ilícito o uso do chá, atitudes como a descrita acima mostram que a ingestão do chá leva a alucinações o que causa perigo a ordem pública. Neste caso a liberdade de culto pode sofrer restrições com base na coletividade, ao visar o bem estar da coletividade. Porém tal assunto ainda não foi definido pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso específico do Santo Daime, no direito internacional em alguns locais, uso desta bebida nos cultos é proibida, há a expressa restrição na liberdade de culto. É o caso da Inglaterra, o xamã Peter Aziz em 2011 foi preso após ministrar

o uso da bebida aos fiéis dessa religião, afirmou que o chá tinha o poder de curar câncer.

O xamã afirmou que produziu a bebida de acordo com as normas prescritas pelo Ministério do Interior, mas o juiz Michael Roach disse que tinha de levar a acusação a sério porque é errado produzir e distribuir 'essa droga'. Santo Daime bebida legalizada no Brasil em rituais é considerada droga na Inglaterra. (<http://www.odiario.com/blogs/inforgospel/2011/09/03/santo-daime-bebida-legalizada-no-brasil-em-rituais-e-considerada-droga-na-inglaterra/>. Acessado em 08/08/2012)

A questão ainda é controversa no ordenamento pátrio, mas uso do chá pode sim encontrar limitações iminentes, não de ordem expressa pela Constituição, mas segundo a interpretação que pode ser levada quanto à manutenção da ordem pública.

8.1.3 Da bigamia

No Brasil, embora haja discussão sobre o tema, em relação ao momento da consumação do delito, não é possível dois casamentos válidos no ordenamento pátrio. A bigamia consiste no contrair um segundo casamento, tendo casamento anterior válido.

Segundo Rogério Greco não há que se falar em crime de bigamia caso anteriormente tenha havido união estável, pois a própria Constituição Federal dá tratamento diferente ao casamento e a união estável em seu artigo 226 parágrafo 3º, além do que não pode haver interpretação extensiva do tipo penal que trata apenas do casamento e não da união estável.

Há religiões que permitem a poligamia, é o caso do Islã, no Alcorão está descrito

Se vós temeis não serdes capazes de conviver justamente com os órfãos, casai com mulheres de sua escolha, 2 ou 3 ou 4 vezes; mas se temerdes que não sereis capazes de conviver justamente com elas, então casai somente com uma (4:13).

Extrai-se dessa passagem que para o Islã é permitida a poligamia, desde que o homem seja capaz de manter suas esposas justamente. Existem também outras religiões que também permitem a poligamia.

A instituição do matrimônio, relativa ao casamento monogâmico, é o bem juridicamente protegido pelo delito de bigamia. No entanto, busca-se, também, proteger a família com a incriminação da bigamia, haja vista que o tipo penal em exame encontra-se inserido no Título VII do Código Penal, que prevê os chamados crimes contra a família. A Constituição Federal, por meio do seu art. 226, alerta que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, e uma dessas proteções estatais é realizada, justamente, por intermédio do Direito Penal. (GRECO, 2011, p. 652)

A prática da poligamia, no ordenamento pátrio, não encontra respaldo na liberdade religiosa. Não é porque a religião islã entende ser possível haver a poligamia que o indivíduo embasado pela liberdade religiosa poderá praticá-la. O artigo 235 do Código Penal incrimina tal atitude. Nesse caso há clara limitação da liberdade religiosa por ser a poligamia considerada crime.

9 O ENSINO RELIGIOSO

No ordenamento pátrio, o ensino religioso nas escolas passou por diversas transformações ao longo do tempo, assim como a liberdade religiosa. Segundo o estudo feito por Pedro Ruedell em seu livro “Trajetória do ensino religioso no Brasil e no Rio Grande do Sul”, serão analisadas as modificações que ocorreram no ensino religioso nas escolas no ordenamento pátrio.

As primeiras manifestações sobre o ensino religioso datam de 1770, em um dos Alvarás Régio que traz o seguinte texto: “nas escolas de ler e escrever [...] se ensine aos meninos por impressos ou manuscritos de diferente natureza, especialmente pelo Catecismo do Bispo de Montpellier, Carlos Joaquim Colbert...”. Este texto foi escrito durante o período do Brasil colonial, onde se nota que o Brasil já mostrava preocupação com a educação religiosa. Portugal – país colonizador do Brasil - possuía a religião Católica como oficial e por conta disso, instituiu-se no Brasil o ensino religioso da religião que era oficial na Metrópole.

Posteriormente, no Brasil Império, a Carta Constitucional de março de 1824 traz o seguinte em seu artigo 5º: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.”

Apesar de reafirmar que a religião oficial seria o Catolicismo, esta Constituição não tratou sobre o ensino religioso. No entanto, alguns anos depois, na lei de 15 de Outubro de 1827, o artigo 6º assim dispõe: “Os professores ensinarão a ler, escrever, as quatro operações de aritmética [...] e os princípios de moral cristã e da doutrina da religião católica e apostólica romana, proporcionados à compreensão dos meninos [...]”

Ao longo do império, decretos foram editados reafirmando a posição do Estado de que a religião católica deveria ser ministrada às crianças matriculadas nas escolas. Nesse sentido o Decreto nº 630 de 1851 em seu artigo 1º afirmou que “nas

de primeira classe o ensino deve abranger [...] a leitura explicada dos evangelhos, e notícia da história sagrada [...]” o decreto 1331 A alínea b de 1854.

Até 1891, com o advento da primeira Constituição Republicana o ensino religioso seguiu a liberdade religiosa que havia na época. A igreja Católica era a religião oficial do país, dessa forma, o ensino religioso era voltado para essa posição do Estado de correlação com a religião.

Já na república, em sua Constituição de 1891, o artigo 71 parágrafo 6º possui o seguinte dispositivo: “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.” A república institui uma nova forma de pensar, ou seja, há nesse ponto a separação entre a igreja e o Estado, justificando a atitude do constituinte de adotar o ensino leigo nas escolas.(BASTOS, 2001, p. 254)

Não há consenso em relação ao que vem a ser o ensino leigo, alguns afirmam que é a retirada total de qualquer elemento “sagrado” do ensino escolar. É uma interpretação que estabelece o ensino “com deus” ou o ensino “sem deus”. No ensino leigo não há meio termo, deve ser feito um ensino “sem deus”, sem qualquer elemento ou ideia que remeta a um “sagrado”.

Porém, há outra interpretação que pode ser dada a esse termo, feita pelos positivistas, que afirmam que “a instrução escolar é leiga enquanto serviço público oferecido sem discriminação religiosa; e o Estado deveria retirar-se do ensino após o fundamental. Mas também admitem o ensino religioso na escola pública.” (RUEDELL, 2005, p. 78).

Os positivistas entendem que o ensino leigo é aquele em que não há privilégio para nenhuma religião. É possível que seja ministrado ensino com aulas religiosas, contudo, o Estado não deve se posicionar em favor de nenhuma concepção religiosa. Há o respeito total à liberdade de consciência e de crença dos alunos.

Pouco antes da Constituição Republicana, Getúlio Vargas reinsere o ensino religioso nas escolas, tendo como Ministro da Educação da época Francisco de Campos. Foi publicado o Decreto nº 19.941 de 1931 que “faculta” (artigo 1º) o ensino religioso “nos estabelecimentos oficiais de ensino” em que “um grupo de, pelo menos, vinte alunos se proponha a recebê-lo (artigo 3º).

A esse respeito Francisco Campos afirma:

Com o decreto do ensino religioso, o chefe do Governo Provisório prolongou a revolução do plano político para o plano do espírito, ou, antes, operou no terreno da educação a primeira, ou melhor, a verdadeira revolução que cumpria operar nesse terreno. O que entre nós se tinha e tem, com efeito, denominado de revoluções nesse campo, são apenas transformações no domínio da técnica, dos processos ou dos métodos. A do decreto do ensino religioso versou sobre substância, os fins, o sentido e os valores da educação. (RUEDELL, 2005, p. 103).

Na Constituição Republicana de 1934, o ensino religioso é novamente instituído. Reafirma-se a posição dada pelo Decreto anteriormente citado, com algumas modificações.

O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada pelos pais ou responsáveis, e constituirá matérias dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais. (CF, artigo 153)

A postura adotada pelo constituinte de 1934 de optar pelo ensino religioso facultativo nas escolas públicas foi a que permaneceu nas Constituições posteriores. Neste sentido, a constituição de 1937, artigo 133.

Por fim, tem-se a Constituição de 1988 como objeto deste trabalho. Em seu artigo 210 ela afirma: “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.” Parágrafo 1º: “O ensino religioso, de matrícula facultativa constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas do ensino fundamental.”

9.1 O Ensino Religioso nos Dias de Hoje

A partir do dispositivo supracitado, é possível tecer algumas considerações sobre a atual situação do ensino religioso no Brasil. A primeira é que o ensino religioso é de matrícula facultativa, ou seja, nenhum aluno é obrigado a

assistir as aulas de religião ministradas; a segunda é que ele constitui uma disciplina da escola, o que quer dizer que está inserida no currículo escolar; e a terceira é que será somente ministrado durante ensino fundamental.

A norma estabelecida pelo artigo 210, parágrafo 1º, é de eficácia limitada e dependia de outra norma regulamentadora. Por isso, a lei 9394/96 veio regulamentar como seria o ensino religioso nas escolas públicas. (SORIANO, 2001, p.102)

Deve-se ter muito cuidado com aulas que versem sobre religião, justamente por essa pluralidade existente no Brasil, qualquer tentativa de proselitismo feita na sala de aula pode ofender a crença de algum dos alunos. Por esse e por outros motivos, o legislador tomou o cuidado de respeitar e de cuidar da liberdade de consciência dos alunos, tornando facultativa a participação dos mesmos na aula de ensino religioso.

9.2 Liberdade Religiosa, de Consciência e o Ensino Religioso

Não se pode confundir liberdade de crença (que é um ramo da liberdade religiosa) com liberdade de consciência. Inclusive o próprio constituinte de maneira acertada fez essa distinção, quando no artigo 5º, inciso VI, tutelou a liberdade de consciência e de crença.

A liberdade de crença se liga ao fato de ter uma religião, ou no caso, crer em algo e ter essa crença protegida pelo Estado a fim de não ser coagido a praticar qualquer ato que viole esta crença. Já a liberdade de consciência se liga ao fato de não necessariamente crer em algo ou alguma religião. É a liberdade do agnóstico ou do ateu, por exemplo, que não possuem uma religião e logo, não são abarcados pela liberdade de crença e sim pela liberdade de consciência.

Em decorrência disso, o legislador, quando instituiu o ensino religioso nas escolas, o fez de forma facultativa ao aluno, para que o direito fundamental - que é a liberdade de crença e a liberdade de consciência - garantido pela

constituição, pudesse ser respeitado. Um aluno ateu, por exemplo, não tem obrigação de assistir aulas a respeito do catolicismo, exceto se assim preferir. O aluno tem o direito de ter a sua crença, da mesma forma que o aluno ateu pode não ter vontade de conhecer religião alguma. Dessa forma, o Estado deve respeitar sua liberdade de consciência.

9.2.1 O Estado laico e o ensino religioso

Há três sistemas que podem ser adotados pelo Estado sobre a relação que ele pode assumir com a igreja, são eles: separação, confusão e união, conforme estabelece Jorge Afonso da Silva (2000, p. 253)

Quanto à relação Estado - Igreja, três sistemas são observados: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações. Mal nos cabe dar notícia desses sistemas aqui. Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados islâmicos. Na hipótese da união, verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil Império

Jaime Weingartner Neto, baseado na classificação feita por Jorge Miranda, teceu uma divisão mais detalhada, subdividindo cada uma das posições adotadas pelo Estado (2007, p. 146)

Há três grandes troncos: (a) *identificação* entre Estado e religião, entre comunidade política e comunidade religiosa (Estado confessional), seja com domínio do poder (ai – *teocracia*) ou com domínio do poder político (aII – *cesaropapismo*); (b) *não identificação* (Estado laico), que comporta subdivisão: (bi) com *união* entre Estado e uma confissão religiosa (que pode se dar com autonomia relativa ou com ascendentes de um dos poderes sobre o outro: *clericalismo*, se ascende do poder religioso; *regalismo*, se ascende do poder político); (bii) com *separação*, seja relativa (com tratamento especial ou privilegiado de uma religião) ou absoluta (com igualdade absoluta das confissões religiosas); e (c) *oposição* do Estado à religião, que se manifesta em oposição relativa (*Estado laicista*) ou oposição absoluta (*Estado ateu*, ou de confessionalidade negativa).

Conforme foi visto, o Estado ser laico não significa necessariamente, que o Estado é ateu. O Estado somente assume uma postura neutra em relação às religiões, ele não impõe qualquer credo ou rito religioso a nenhum cidadão. Porém não impede que as religiões se manifestem e mostrem seus valores, desde que a ordem pública seja mantida. É este o caso do Brasil, que segundo Weingartner pode ser considerado um Estado laicista, pois adota uma oposição relativa em relação à religião, com o constituinte instituindo inclusive o ensino religioso nas escolas públicas.

O Estado não pode impor a nenhum indivíduo qualquer religião, até porque o Estado não possui religião. Dessa forma, é facultado no ensino fundamental assistir aulas de cunho religioso segundo a liberdade de consciência e de crença de cada um.

A restrição se aplica na forma de ministrar as aulas, pois tais aulas não são de matrícula obrigatória e não podem determinar a aprovação do aluno, no sentido de que não poderão ser ministradas aulas que possam reprovar o aluno.

9.3 O Ensino Religioso nas Escolas Privadas

No que diz respeito ao ensino religioso nas escolas privadas, há divergências entre os autores se é possível que as disciplinas religiosas sejam obrigatórias e se podem ter o condão de reprovar ou aprovar um aluno que não queira participar de tais disciplinas.

No ensino privado, é muito comum escolas que são de uma determinada organização religiosa, como por exemplo escola metodista, o colégio adventista, a escola presbiteriana Mackenzie entre outros. Tais escolas trazem explicitamente em seu nome uma denominação religiosa, no entanto, o ensino não é restrito somente aos alunos que professem a mesma fé. O ensino é oferecido a todos os alunos que aceitem e queiram participar daquela escola.

José Afonso da Silva, por exemplo, entende que as aulas de cunho religioso devem ser facultativas e não podem ser impostas ao aluno sob a perspectiva de que, tornando a aula obrigatória, isso possa ferir a liberdade de consciência ou de crença do aluno. (2000, p. 256)

Nota-se ainda que só as escolas públicas são obrigadas a manter a disciplina e apenas no ensino fundamental. As escolas privadas podem adotá-la como melhor lhes parecer, desde que não imponham determinada confissão religiosa a quem não o queira.

Dessa forma, segundo Afonso da Silva, mesmo as escolas que expressamente se filiam a uma religião devem adotar o ensino facultativo das matérias de cunho religioso, sob o pretexto de que o aluno, mesmo em uma instituição privada que não necessariamente precisa ser leiga ou laica, tenha sua liberdade de crença e consciência conservadas.

Em sentido contrário, há o posicionamento de Aldir Guedes Soriano (2002, p. 102)

As escolas particulares estão livres, para promover o ensino religioso, segundo a filosofia adotada, sem que isso implique cerceamento à liberdade religiosa. Isto, porque a clientela, ao procurar a escola, deverá estar ciente da religião adotada pela instituição de ensino. Com a matrícula, haverá um consentimento tácito, que autorizará o ensino de determinada religião. Entretanto, eticamente, as escolas privadas estão impedidas de promover qualquer forma de proselitismo,

Para este autor, não há qualquer confronto com a liberdade de crença e consciência do aluno uma vez que os pais, ao matriculá-lo na escola, sabiam que aquela religião seria adotada e ensinada, ou seja, se houve a adesão do aluno àquela escola, há uma permissão tácita dos pais do aluno em relação à grade escolar.

10 A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O artigo 5º, inciso IV, trata sobre a liberdade de expressão. Conforme visto anteriormente, a liberdade religiosa é uma manifestação da liberdade de expressão. Ambas as formas de liberdade não são absolutas, até porque a falta de limite para ambas poderia levar a sociedade a viver um verdadeiro caos.

A liberdade de expressão sofre restrições para a garantia da ordem pública, e é vedada também qualquer opinião que enseja ilícito penal. Por exemplo, não é possível sustentar a liberdade religiosa a uma religião que prega o preconceito racial. Tal fato é crime além disso, causa perturbação a ordem pública; a coletividade deve ser protegida de abusos como estes. A respeito da liberdade de expressão, Celso Ribeiro Bastos se pronunciou. (2001, p. 298)

Ora, é fácil imaginar que exercido irresponsavelmente, este direito tornar-se-ia uma fonte de tormento aos indivíduos na sociedade. A todo instante poderiam ser objeto de informações inverídicas, de expressões valorativas de conteúdo negativo, tudo isto feito sem qualquer benefício social, mas com a inevitável consequência de causar danos morais e patrimoniais às pessoas referidas. A Constituição cuida neste mesmo parágrafo sob comento de estabelecer um sistema de responsabilidade bastante desenvolvido e eficaz. Senão vejamos: 'Proíbe-se o anonimato'. Com efeito, esta é a forma mais torpe e vil de emitir-se o pensamento.

Um caso interessante ocorreu envolvendo a liberdade de expressão e a liberdade religiosa e foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, este caso não representou um limite à liberdade religiosa, mas a liberdade religiosa fez com que a liberdade de expressão sofresse restrições.

O Superior Tribunal Federal negou o pedido de habeas corpus impetrado por Siegfried Ellwanger, que estava preso pelo crime de racismo por ter editado, distribuído e vendido livros com conteúdo anti-semita onde fazia apologia a discriminação contra a comunidade judaica.

Quando o paciente impetrou habeas corpus ao Superior Tribunal Federal um dos argumentos usados foi de que judeu não podia ser considerado

raça. O Superior Tribunal Federal indeferiu o pedido e rebateu a tese alegada pelo paciente afirmando que a lei 8081/90 entendia ser racismo não somente a discriminação quanto à raça e a cor, mas também a religião, etnia ou procedência nacional.

Então o paciente impetrou habeas corpus no Supremo Tribunal Federal que também indeferiu o pedido, em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, suscitou uma questão interessante atinente ao “limite dos limites” que preconiza que o direito fundamental pode ser limitado desde que haja a preservação de seu núcleo essencial.

Nesse sentido, seria possível a restrição à liberdade de expressão desde que, no caso concreto, se demonstrasse que a mesma não afeta o núcleo essencial do direito a liberdade de expressão, e, ainda, apresenta-se razoável e deve ocorrer que para que o direito a liberdade de religião de outrem, bem como, o princípio da igualdade, a não-discriminação, uma sociedade justa (todos valores democráticos), possam ocorrer. (MAZZUOLI, 2001, p. 104)

Para dar efetividade à liberdade religiosa (no sentido de poder o judeu ter sua crença, professar sua fé e não ser por isso discriminado – em relação aqueles que entendem que o ser judeu está ligado a religião), o ministro ressaltou o princípio da proporcionalidade de Alexy, em seu voto afirmou que:

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito de regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderação entre distintos bens constitucionais. (Voto do ministro Gilmar Mendes no HC nº 82.424-2-RS)

A liberdade religiosa pode estabelecer um limite a outros direitos fundamentais. Nesse voto o ministro citou um limite que delimita o quanto a norma

pode limitar um direito fundamental, o chamado “limite dos limites”. A liberdade religiosa pode ser cerceada observando basicamente quatro requisitos: a) exigência de proteção do núcleo essencial do direito fundamental; b) exigência de que a lei restritiva seja clara e precisa; c) exigência de que a lei restritiva seja abstrata, genérica e não casuística; d) exigência de que a lei restritiva obedeça aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (ou da proibição de excesso). (ALEXANDRINO, 2003, p. 26/ 27).

Dessa forma, seja qual o for o limite ou restrição que a lei estabeleça a liberdade religiosa, se for um limite constitucional, ele deve observar os requisitos supracitados, principalmente deve observar o fato de não limitar a liberdade religiosa a ponto de modificar o núcleo essencial protegido pela mesma. A lei ordinária que pode restringir a liberdade religiosa deve ser clara e precisa, a fim de que todos saibam qual a restrição que ela impõe, que seja abstrata, genérica e não casuística pelo fato de que essa restrição se aplicará a inúmeros casos e não somente um caso específico. O direito fundamental é um direito de amplo alcance, e o legislador não pode ir contra o princípio da igualdade sob pena de criar uma lei inconstitucional.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, o limite ou restrição estabelecido a liberdade religiosa deve observar os requisitos da adequação e da razoabilidade. A norma que visa restringir esse direito fundamental deve ser apropriada e eficaz, necessária e ser justa ao fim que se almeja sob pena de também ser declarada inconstitucional, uma vez que o Estado está alicerçado sobre princípios democráticos onde a regra é a liberdade religiosa e não sua limitação e restrição.

11 LIBERDADE DE CRENÇA

A liberdade de crença é a de acreditar em qualquer divindade. Tal liberdade não pode ser cerceada, pois é um aspecto íntimo do ser humano, inclusive o Estado não tem nem como controlar o pensamento do indivíduo. Pode-se dizer que tal liberdade é absoluta, pois não há como controlar, advém da liberdade de pensamento. Os conflitos ocorrem quando tal liberdade se exterioriza sob forma de liberdade de expressão, entre outras.

Inciso VI do artigo 5º dispõe:

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 as suas liturgias;

A restrição que a liberdade religiosa sofre diz respeito a não praticar atos atentatórios à ordem pública no tocante a sua crença que se exteriorizará em forma de cultos e liturgias. A crença em si, pode ser só de foro íntimo do indivíduo. O indivíduo pode ser crente em algo e não propagar sua crença.

Impende ressaltar que, contrario sensu, a interpretação do texto, nos moldes da CF/46, não havendo comprometimento da ordem pública ou dos bons costumes, defluirá que o direito à liberdade de consciência e de crença é inviolável." (SORIANO, 2002, p. 94)

A restrição surge quando esta crença se exterioriza de forma prejudicial à manutenção da ordem pública e também quando fere o direito do outro a ter sua própria crença; neste caso, incorre o proselitismo, dependendo da forma como alguém quer expor sua crença, pode afetar a esfera da liberdade religiosa da outra pessoa. Sendo assim, deve ser feita a ponderação, pois é a liberdade religiosa de uma pessoa confrontando diretamente com a liberdade religiosa de um terceiro. Jostein Gaarder, a respeito das religiões, afirma que deve haver tolerância, pois como existem diversas religiões, todas devem se respeitar.

Tolerância, ou seja, respeito pelas pessoas que têm pontos de vista diferentes do nosso, é uma palavra chave no estudo das religiões. Não significa necessariamente, o desaparecimento das diferenças e das contradições, ou que não importa no que você acredita, se é que acredita em alguma coisa. Uma atitude tolerante pode perfeitamente coexistir com uma sólida fé e com a tentativa de converter os outros. Porém, a tolerância não é compatível com atitudes como zombar das opiniões alheias ou se utilizar da força e de ameaças. A tolerância não limita o direito de fazer propaganda, mas exige que seja feita com respeito pela opinião dos outros.(GAARDER, 2000, p. 14/15)

A liberdade religiosa respalda o crente em Alá, Buda, Jesus ou outra divindade a professar sua fé, muito mais do que professar, ela permite que ele expresse sua fé. Contudo, a forma de expressar deve ser feita de maneira moral, respeitando sempre a ordem pública.

11.1 Locais de Culto e Liturgia

No que diz respeito à proteção dos locais de culto e liturgia garantidas na forma da lei, não há restrição imposta por lei ordinária. Este aspecto da liberdade religiosa se encontra no artigo 5º,VI da Constituição Federal. O legislador ordinário não legislou uma lei que preveja limites ou restrições aos locais de culto e garantias.

Porém, ainda assim há os limites imanentes que devem ser considerados, as liturgias, em especial, devem atentar para a manutenção da ordem pública e para os bons costumes, o Pacto de San Jose da Costa Rica expressamente prevê este limite.

Há de se ressaltar que um tipo penal foi criado a fim de tutelar a liberdade religiosa em questões atinentes a liberdade de culto, o artigo 208 do Código Penal tipificou o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo.

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 208 é o sentimento religioso, que se vê atacado quando o agente pratica qualquer dos comportamentos proibidos pela norma constante do delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo.

Objeto material, dependendo da conduta praticada pelo agente, pode ser a pessoa que foi escarnecida publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; a cerimônia ou o culto religioso, que foi impedida(o) ou perturbada(o); ou, ainda, o ato ou o objeto de culto religioso. (GRECO, 2011, p. 427)

Observa-se que o legislador se preocupou em dar efetividade a liberdade de culto e liturgia, inclusive cuidou para que a liberdade religiosa neste ponto não fosse cerceada por terceiros. Mas há que se ressaltar que a liberdade de culto e de liturgia possuem limites que são a manutenção da ordem pública e os bons costumes.

11.2 Assistência Religiosa

O artigo 5º, inciso VII, assegura a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Neste caso há a prerrogativa de que todo indivíduo tem o direito de não ser privado de sua liberdade religiosa, inclusive aqueles que tiveram sua liberdade de locomoção cerceada (no caso aqueles que cumprem pena restritiva de liberdade – conforme artigo 38 do Código Penal).

As limitações que a liberdade religiosa sofre neste ponto estão descritas na própria lei. O legislador constituinte permitiu que o legislador ordinário dispusesse sobre os limites que a liberdade religiosa sofreria nestes casos.

Sendo assim, a lei 6.923/81 institui como será a prestação do serviço religioso nas forças armadas; o artigo 124 inciso XIV da lei 8069/90 regula a prestação de serviço religioso ao menor infrator internado. O artigo 3º da lei de execução penal regula a prestação de culto nos estabelecimentos de cumprimento de pena.

A assistência religiosa deve ser oferecida de forma facultativa e não compulsória. A assistência religiosa é um direito do condenado não atingido pela condenação penal. (SORIANO, 2002, p. 95).

O recluso ou internado pode negar receber a assistência religiosa, pois, prerrogativa dada à liberdade religiosa, que é a de estar nas entidades civis e militares de internação coletiva, tem seu limite na liberdade de consciência daquele que está internado ou reclusos nestas entidades.

11.3 Escusa de Consciência

Posteriormente há o inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre a escusa de consciência. É a faculdade que o indivíduo tem, por razão de suas convicções, de se eximir da obrigação imposta a todos. Nesse caso, a própria lei define o limite da liberdade religiosa.

O indivíduo pode deixar de cumprir uma obrigação que à princípio lhe foi imposta, porém, se deixar de cumprir a obrigação alternativa – que substitui a obrigação imposta anteriormente – pode ter suspensos seus direitos políticos conforme prevê artigo 15 inciso IV da Constituição Federal.

... ao indivíduo é dado, em certas hipóteses, exigir do Estado que leve em consideração a sua consciência ou seu pensamento, para o efeito de eximi-lo de alguma obrigação. Ele rompe de certa forma com o princípio da igualdade. Não é obviamente inconstitucional porque a própria Lei Maior que autoriza esta discriminação. A nossa Constituição consagra um exemplo flagrante desta espécie de liberdade de pensamento ao prever a chamada escusa de consciência, nos termos seguintes do art. 5, inc. VII. (BASTOS, 2001, p. 297)

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito dos limites da liberdade religiosa atinentes à escusa de consciência na ação direta de inconstitucionalidade 2.806-5 – Rio Grande do Sul (DJ 27.06.2003, *Ementário* nº 2116-2). O Governador deste estado criou uma lei de nº 11.830 de 16.09.2002 onde dispunha a respeito dos cargos públicos além de regulamentar diretamente a respeito da escusa de consciência no tocante aos dias de trabalho exercido pelo servidor público, onde o mesmo teria a faculdade de praticar suas cerimônias religiosas além de ter o dia de guarda e descanso de acordo com a sua convicção

religiosa. Esta lei também regulamentava os dias de prova aplicados por instituições públicas e privadas, as quais deveria respeitar os dias de guarda e descanso das religiões além de suas cerimônias propiciando aos fies outro dia para que realizassem a prova.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou afirmando que havia inconstitucionalidade formal da lei, uma vez que a iniciativa legislativa é privativa do Chefe do Poder Executivo (artigo 6, paragrafo 1º, II, “c”). Porém em seu voto o ministro Sepúlveda foi mais além e afirmou que havia também inconstitucionalidade material da lei pois feria o princípio da laicidade da República do Brasil.

Assim, o ministro Sepúlveda Pertence fez constar que julgava a lei materialmente e formalmente inconstitucional, fundamentando tal posicionamento no princípio do “due process” substancial, denominação também dada ao princípio da proporcionalidade. (...)

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

O Supremo se posicionou a fim de limitar a escusa de consciência, afirmou que aplicando a regra da ponderação o princípio do secularismo, da igualdade a liberdade religiosa pode ser restringida. O Estado é laico e por este motivo não pode criar leis que beneficiem determinada religião, além do que as leis editada devem visar o pleno funcionamento do Estado. Caso fosse respeitada a liberdade individual, o serviço público poderia sofrer um colapso, pois não haveria como controlar os dias de guarda de cada religião, possivelmente, dessa forma, haveria déficit no serviço público o que afetaria a manutenção da ordem pública e acarretaria inúmero problemas. A liberdade religiosa foi restringida frente a outros direitos igualmente fundamentais.

CONCLUSÃO

Conforme foi afirmado neste trabalho, por ser a liberdade religiosa um direito fundamental, poucos são os limites e restrições que ela pode sofrer. A própria lei é quem estabelece os limites dados a esta liberdade e, as possíveis restrições que esta liberdade pode sofrer, devem ser analisadas caso a caso.

Na atual Constituição, há vários aspectos da liberdade religiosa que o legislador se preocupou em dar efetividade. Tais aspectos podem ser encontrados no artigo 5º da Constituição Federal: liberdade de crença e de consciência, proteção aos locais de culto e suas liturgias (inciso VI); assistência religiosa em entidades civis militares de internação coletiva (inciso VII) e a escusa de consciência (inciso VIII). O constituinte ainda outorgou aos entes religiosos a possibilidade de realizar ato que até então era exclusivo do Estado, o casamento religioso com efeito civil (artigo 226 parágrafo 2º).

O núcleo essencial da liberdade religiosa deve ser interpretado tendo em vista não só o que dispõe a Constituição Federal, mas também os aspectos tutelados pelos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Os Tratados devem ser levados em conta, pois o Brasil aceitou a vigência de tais tratados em seu ordenamento brasileiro.

Os tratados internacionais internalizados pelo ordenamento jurídico, que versam sobre direitos humanos adentram ao ordenamento com status de supra legalidade. Possuem status privilegiado dentro da Constituição Federal, sendo mais que uma lei ordinária e menos que uma norma constitucional, tendo assim tratamento constitucional. No caso de conflito entre o que dispõe um tratado internacional e uma norma constitucional, prevalece aquele que for mais benéfico ao ser humano; é o princípio da prevalência dos direitos humanos que vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim o núcleo essencial da liberdade religiosa, de maneira geral, é a liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. Os tratados internacionais estabelecem a liberdade religiosa de forma mais

detalhada, afirmando que o Estado deve promover ao indivíduo a possibilidade de ter, trocar ou não ter uma crença. A liberdade se faz na opção, é vedada qualquer medida coercitiva para esta escolha.

Os limites e restrições dados à liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro observam alguns requisitos. Aplica-se a teoria do limite dos limites para todos os direitos fundamentais, inclusive para a liberdade religiosa. Tal teoria preconiza que a lei ou norma que delimita a liberdade religiosa deve preservar seu núcleo essencial, a lei restritiva deve ser clara e precisa, abstrata, genérica, não casuística e deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Esta teoria é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por lei existem três parâmetros que podem estabelecer limites ou restrições para a liberdade religiosa. O primeiro deles é o chamado: “limite ou restrição estabelecidos por lei”, neste caso o limite ou restrição está no próprio texto constitucional para determinado direito fundamental.

Neste trabalho, a conclusão que se chega é que os limites ou restrições impostos por Tratados Internacionais se enquadram neste parâmetro. Isto ocorre pelo tratamento especial dado aos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Por não serem considerados lei ordinária, o aspecto de supra legalidade dado aos Tratados Internacional de Direitos Humanos, não enseja outra classificação que não essa aos limites e restrições por eles estabelecidos.

O segundo parâmetro é chamado de “limite e restrição constitucional. imediato”; neste caso o constituinte outorga ao legislador ordinário a missão de estabelecer os limites ou restrições ao direito fundamental, mas o legislador deve observar o limite dos limites, ou seja, não pode alterar o núcleo básico do direito fundamental. Ele deve também estabelecer uma regra geral, abstrata, não casuística e obedecer ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, há os chamados “limites imanentes”, são aqueles que não estão expressos na Constituição Federal para um determinado direito, mas que podem ser extraídos da análise do ordenamento jurídico como um todo. Tais limites são impostos as liberdades com o fim de que haja a manutenção da ordem pública,

tendo em vista bens jurídicos protegidos para o bom funcionamento da sociedade, dos indivíduos enquanto coletividade.

O primeiro possível limite tratado foi o da ordem pública, de forma geral, todos os direitos fundamentais sofrem essa restrição. Este limite tutela a segurança, moral pública, saúde e a ordem. É um limite estabelecida por lei, uma vez que expressamente o Pacto de San José da Costa Rica a prevê. É a ordem pública quem também limita os direitos fundamentais frente a ilícitos penais que possam ser cometidos em nome de liberdades constitucionais, por exemplo.

Os ilícitos penais limitam e dão contorno aos direitos fundamentais e ao ordenamento jurídico como um todo, possuem prerrogativa constitucional, o constituinte deu ao legislador ordinário à incumbência de editar normas incriminadoras a fim de tutelar a ordem pública. Os limites dados por estas normas aos direitos fundamentais são limites constitucionais imediatos.

A primeira das condutas analisadas neste trabalho, foi o corte do genital feminino, por motivo religioso. Atualmente, a mulher tem tido proteção especial no direito internacional e pátrio, uma vez que a violência contra a mulher tem sido reprimida, o status de inferioridade que antes cabia à mulher tem sido repensado.

Neste caso, a liberdade religiosa pode estar em confronto direto com a dignidade da mulher. Analisando pela hierarquia das leis, tem-se uma norma com status constitucional e um tratado internalizado, supralegal, que protege a dignidade da mulher. Deve prevalecer o tratado internacional, uma vez que é mais favorável a vítima, tutelando seus direitos, sua integridade física, e psíquica. Física, pois há relatos científicos de que a infibulação é extremamente prejudicial à saúde da mulher; e psíquicas, pois ambas (ablação e infibulação) causam total desconforto à mulher durante o ato sexual, além de ser um sinal de total submissão e inferioridade da mulher. Sendo assim há a limitação da liberdade de culto no tocante ao corte do genital feminino.

Quanto ao uso do chá Santo Daime, tem-se que o chá em si já foi considerado droga no Brasil, mas atualmente, não é assim considerado. Na Inglaterra, o chá do Santo Daime ainda é considerado droga, sendo inclusive proibido ministrar a bebida aos fiéis nesse país. No entanto, ocorre que no Brasil,

pode haver a restrição do uso dessa bebida devido limite estabelecido por lei, que é a manutenção da ordem pública. Em 2012 houve o homicídio de um dos líderes dessa religião - o cartunista Glauco Vilas Boas - por um de seus fiéis após o fiel ter ingerido tal bebida. O Supremo ainda não se decidiu em relação ao assunto, mas pode haver a restrição dessa prática de culto tendo em vista a preservação da ordem pública, pois, por ser o chá alucinógeno, pode ser que isso cause transtorno à paz social, colocando em risco a segurança, saúde, proteção da coletividade.

Com relação à bigamia há o limite constitucional imediato, diferentemente do que ocorre no corte do genital feminino que possui limite estabelecido por tratado internacional, na bigamia o legislador ordinário foi quem definiu a conduta como criminosa, no artigo 235 do Código Penal. Por analogia, pode ser utilizada decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal que não excluiu o crime de curandeirismo por haver liberdade religiosa. O fato do Estado não influenciar na crença do indivíduo não significa que o indivíduo poderá exteriorizar sua crença da maneira que melhor entender, os bens jurídicos tutelados pelo Estado devem ser respeitados.

Quanto ao ensino religioso nas redes públicas, há o limite constitucional imediato, o legislador ordinário estabeleceu que as aulas de ensino religioso sejam ministradas ao ensino fundamental, porém, a matrícula do aluno é facultativa. Na verdade o limite é dado ao próprio Estado que não pode obrigar o aluno a frequentar as aulas de ensino religioso caso não queira.

Já nas escolas particulares, a restrição que o ensino religioso sofre é de que não pode haver discriminação em relação a nenhuma outra religião, o proselitismo não é uma limitação legal, mas apenas uma limitação ética as escolas particulares. Quanto à participação obrigatória do aluno nessas aulas, os doutrinadores divergem; alguns entendem que a obrigatoriedade fere a liberdade religiosa do indivíduo enquanto outros entendem que a por ser uma escola privada, há um contrato, e no contrato, há a concordância das partes em relação aos seus termos.

Parece mais acertada a posição de que a escola particular não pode obrigar o aluno a participar das aulas religiosas ministradas. A escola deve respeitar a dignidade da pessoa humana do aluno, uma vez que a dignidade envolve também

aspectos psíquicos do ser humano e neste sentido, deve respeitar a liberdade de consciência dos alunos. Não é vedado o ensino religioso na escola, o que é vedada é a participação obrigatória dos alunos. É ferir a dignidade da pessoa que, por exemplo, é de outra religião.

A conclusão que se chega é que o ensino religioso deve ser sempre facultativo, independente se público ou privado, pois a dignidade da pessoa humana deve sempre ser levada em consideração. A liberdade de escolher ou não ter uma religião são inerentes ao homem e devem ser sempre respeitadas.

No tocante à liberdade de expressão, a liberdade religiosa possui limite constitucional imediato, pois não é permitido propagar ideias que ensejam ilícitos penais; e restrição estabelecida por lei, no tocante a não propagar ideias que, apesar de não ensejarem ilícitos penais, causarão a perturbação da ordem pública.

É claro o limite de que uma religião não pode sustentar um credo que discrimine o negro, por exemplo. Neste caso, especificamente, este é um limite estabelecido por lei, pois é tutelado expressamente por tratados internacionais como, por exemplo, a declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas em religião ou crença.

A liberdade de crença possui restrição estabelecida por lei que visa à garantia da ordem pública, mas deve ser especialmente observada quanto ao proselitismo. A liberdade de crença de um indivíduo nunca pode ser maior que a do outro. Por esse motivo, o Estado em locais públicos deve evitar e até limitar o proselitismo. O Estado deve cuidar para que todos tenham a possibilidade de ter sua crença, ou não ter, e mudar de crença a qualquer tempo, por este motivo não pode incentivar ou tutelar alguma crença. O Estado deve permanecer neutro para que a liberdade religiosa seja exercida. Este é um limite imposto ao Estado, e eventualmente ao cidadão que pode causar infortúnios a coletividade propagando suas crenças de maneira abusiva ou até mesmo contrárias a lei.

Os locais de culto devem atentar também as restrições estabelecidas pela manutenção da ordem pública. O legislador ordinário não criou limites estabelecidos por lei aos locais de culto, inclusive criou um tipo penal que protege os locais de culto para que não haja a perturbação dos fiéis durante suas celebrações. Contudo a liberdade de culto pode sofrer restrições, em relação ao sossego na

vizinhança dos locais de culto, por exemplo. A partir de um determinado horário, não é razoável que tais locais façam intenso barulho e firam o direito ao sossego da vizinhança.

A assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva possui limite constitucional imediato, o legislador ordinário criou leis para limitar essa prerrogativa da liberdade religiosa. A possibilidade dessa assistência tem como limite a liberdade religiosa do indivíduo que pode optar por ter ou não a assistência. O Estado não pode obrigar o recluso ou o menor infrator a receber assistência religiosa, ele deve ter a opção de não assistir eventuais cultos que possam ser ministrados no presídio, por exemplo. Tutela-se a liberdade religiosa e de consciência daquele que se encontra em entidades civis e militares de internação coletiva.

Como última vertente da liberdade religiosa, há a escusa de consciência. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito deste assunto e afirmou que a escusa de consciência, que nada mais é que a faculdade do indivíduo de deixar de realizar obrigação a todos imposta por motivo de crença, possui limites iminentes. Ao decidir uma ação direta de inconstitucionalidade o Ministro Sepúlveda afirmou que a liberdade religiosa em colisão com o princípio da igualdade e o princípio do secularismo, acaba ficando em segundo plano.

No caso em concreto o ministro entendeu que o Estado, que é laico, não teria que aplicar provas em datas distintas, nem facultar ao empregado ter o dia de guarda e descanso conforme seus preceitos religiosos. Tal decisão foi fundamentada nos princípios supracitados, pois não há como o Estado atender a todas as crenças existentes, não haveria como funcionar de forma adequada. Seria impossível permitir que cada funcionário público tivesse o dia de guarda conforme sua religião, sob pena de comprometer o próprio funcionamento Estatal.

Atinente à questão de usar o véu na foto da CNH, parece não haver um limite ou restrição nesse caso. Há uma regra ordinária em confronto com o princípio da liberdade religiosa, dessa forma prevalece o princípio. A liberdade religiosa deve ser respeitada e não pode ser limitada por uma lei ordinária que não possua expressa autorização constitucional, exceto se encontrar restrição ou limite iminente.

Parece razoável restringir a liberdade de crença de mulheres que usam burca, véu que cobre todo o rosto, para tirar a foto da CNH. Não há como identificar uma pessoa com o rosto todo coberto, nesse caso a segurança pública estaria sendo ferida, pois, como não há a possibilidade de individualizar o condutor do veículo, seria possível que um adolescente vestido de burca dirigisse um carro e apresentasse a CNH com a foto de alguém com a burca. Não haveria como saber se a pessoa da foto é a mesma pessoa que conduz o veículo. Neste caso poderia haver a restrição da liberdade religiosa.

Os casos de limitação da liberdade religiosa não expressos em lei devem ser analisados caso a caso, pois serão aplicados os limites imanentes. Quanto à manutenção da ordem pública é necessário analisar também caso a caso, uma vez que a segurança pode não estar prejudicada em algumas situações e em outras sim.

Por fim, a liberdade religiosa é um direito fundamental, portanto, há poucos casos em que ela será limitada. A lei criada para limitar a liberdade religiosa deve obedecer ao limite dos limites, onde não há a modificação do núcleo essencial desta liberdade. O limite será claro e preciso, e não será para um determinado caso isolado, e sim para várias situações.. O princípio da proporcionalidade deve sempre ser levado em conta e a adequação e razoabilidade devem pautar qualquer lei, medida ou decisão restritiva da liberdade religiosa.

BLOGRAFIA

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002. 561 p. (Coleção teses) ISBN 972-40-1767-2

ANDRO, Armelle e LESCLINGAND, Marie in:**Female Genital Mutilation: situation in Africaand France**; disponível em <<http://www.ined.fr/fr/publications/population/>> 21/08/2012

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953-1964. V2. Tomo II

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 503 p. ISBN 85-02-02173-7

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2 ISBN 978-85-02-10436-5

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p. ISBN 85-7001-710-3

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p. ISBN 85-7420-205-3

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p. ISBN 972-40-1806-7

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009. 250 p.

HUNT, Dave. **Terrorismo Islâmico**: enfrentando a dura realidade. 1ª Ed., Porto Alegre: Actual. 2006. 120 p. ISBN 857-720-011-6

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p. ISBN 978-85-7164-011-5

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991. 123 p. ISBN 85-882-7859-6

MARTINGO, Carla. **O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das guineenses**. Lisboa. Alto comissariado para a imigração e diálogo intercultural (ACIDI,I.P.), 2009, 245 p. ISBN 978-989-8000-77-4

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos & relações internacionais**. Campinas: Agá Juris, 2000. 502 p. ISBN 8587540270

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. 264 p. ISBN 85-87984-18-7

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p. ISBN 978-85-02-09033-0

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993-1998. t. 4 ISBN 9723204800

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. 1008 p. ISBN 972-32-1177-7

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p. ISBN 85-7348-069-6

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. nos termos da reforma con São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p. ISBN 8574201502

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. 195 p. ISBN 85-7453-247-9

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 339 p. ISBN 978-85-7348-513-4

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999-2006. 148 p. ISBN 85-7420-140-5

SITES:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1162393-detran-proibem-muculmanas-de-cobrirem-cabelo-em-fotos-de-cnh.shtml> . Acessado em 20 de outubro, 2012.

<http://www.direitosc.com.br/products/mul%C3%A7umana%20proibida%20de%20fazer%20teste%20no%20detran%20pelo%20motivo%20%28uso%20do%20veu%29/>. Acessado em 20 de outubro, 2012.

http://elpais.com/tag/mutilacion_genital/a/. Acessado em 21 de agosto, 2012.

<http://www.ined.fr/fr/publications/population/>. Acesso em: 21 de agosto, 2012.

<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2010/03/21/daime-uma-droga-que-nao-tem-nada-de-santa/>. Acessado em 08 de agosto, 2012.

<http://www.odiario.com/blogs/inforgospel/2011/09/03/santo-daime-bebida-legalizada-no-brasil-em-rituais-e-considerada-droga-na-inglaterra/>. Acessado em 08 de Agosto, 2012

<http://oglobo.globo.com/pais/policia-diz-que-trio-fazia-salgados-com-carne-humana-em-pe-4639551#ixzz22VpguQct>. Acessado em 03 de agosto,2012

<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/> acessado em: 25 de outubro, 2012

http://pt.wikipedia.org/wiki/Santo_Daime . Acessado em 25 de Novembro, 2012.