



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LIBERDADE RELIGIOSA: DIREITO FUNDAMENTAL NUMA
SOCIEDADE DEMOCRÁTICA E PLURALISTA

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Rodrigo Lobato Oliveira de Souza

Orientador: Prof. Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20151969

Janeiro de 2019

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pois é por seu amor, graça e bondade que minha alma respira o ar de bênçãos que transborda os limites da vida corpórea. Agradeço à Tamiris, mesmo sem saber como expressar tamanho sentimento. É em razão de seu amor, sua amizade, seu companheirismo, sua compreensão e seu incentivo que este trabalho se tornou possível. Horas de leitura, pesquisa e estudo se tornaram muito melhores dada a sua presença, seu carinho e sua admiração pelo que faço. Em cada palavra aqui escrita há um pedaço de nossa alma, e é justamente por isso que as escrevi com tanto vigor e sinceridade. Obrigado por tudo. Por fim, agradeço ao meu orientador, Prof. Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, primeiro por ter aceitado a orientação desta empreitada investigativa, e segundo por toda a sua disponibilidade, atenção e seriedade acadêmicas. Meus sinceros agradecimentos.

RESUMO: Apresenta-se aqui a liberdade religiosa como um genuíno e específico direito fundamental no contexto do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista, delineando seu arquétipo jurídico-constitucional no âmbito específico da teórica e dogmática dos direitos fundamentais. Ao centro da problemática abordada está a imprescindibilidade quanto à proteção do seu respetivo conteúdo essencial para fins de operacionalização de um processo de integração sociopolítica. Para tanto, perscruta-se acerca dos elementos integrantes do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, confrontando-os com relevantes questões no âmbito do exercício de tal direito, e assim verificando a sua capacidade de atuação contra os perigos de um movimento de pura desintegração social.

Palavras-Chave: Liberdade religiosa. Direito fundamental. Sociedade democrática. Pluralismo.

ABSTRACT: It is presented here the religious freedom as a genuine and specific fundamental right in the context of the constitutional state of a democratic and pluralistic society, outlining the legal-constitutional archetype in the specific context of the theoretic and dogmatic of fundamental rights. In the center of the problem addressed is the indispensability for the protection of its essential content for the purposes of the operationalization of a process of socio-political integration. For both, it is searched about the components of the essential content of the fundamental right to religious freedom, confronting them with relevant issues in the context of the exercise of this right, and thus verifying its ability to act against the dangers of a movement of a pure social disintegration.

Keywords: Religious freedom. Fundamental Right. Democratic Society. Pluralism.

INTRODUÇÃO.....	7
1.CONSTITUCIONALISMO LIBERAL E O DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA.....	11
1.1. UM BREVE RELATO SOBRE A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE LIBERDADE E DE DIREITO SOBRE O FATOR RELIGIOSO.....	11
1.2. AUTONOMIA CIENTÍFICA E TEORÉTICO-DOGMÁTICA DA LIBERDADE RELIGIOSA: O DIREITO CONSTITUCIONAL DA RELIGIÃO.....	23
1.3. CONCEITO DE RELIGIÃO NO ÂMBITO DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	26
2.DENSIFICAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA.....	28
2.1. ENQUADRAMENTO TEORÉTICO-DOGMÁTICO.....	28
2.1.1. <i>A estrutura normativa.....</i>	28
2.1.2. <i>Arquétipo jurídico-positivo e enquadramento de regime.....</i>	32
2.1.3. <i>Âmbito de proteção e posições jurídico-fundamentais.....</i>	35
2.1.4. <i>Eficácia vertical e horizontal (efeitos nas relações entre particulares).....</i>	46
2.2. LIMITES À LIBERDADE RELIGIOSA.....	56
2.2.1. <i>Sobre limites, restrições e intervenções: delimitação conceitual e enquadramento teórico-dogmático.....</i>	56
2.2.2. <i>Direito fundamental sem reservas ou tópica dos limites à liberdade religiosa?.....</i>	62
2.2.3. <i>Liberdade religiosa e ponderação de valores no âmbito da concordância prática.....</i>	69
2.2.4. <i>Refrações do princípio da vedação do excesso (princípio da proporcionalidade).....</i>	74
2.3. O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA.....	77
2.3.1. <i>A garantia do conteúdo essencial: enquadramento teórico-dogmático e possíveis significados jurídico-constitucionais.....</i>	77
2.3.2. <i>Fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa..</i>	85
3.PROTEÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL E QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA.....	93
3.1. PROSELITISMO NO LIMIAR DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO?.....	93
3.2. INDUMENTÁRIA E SIMBOLOGIA RELIGIOSA NO ESPAÇO PÚBLICO.....	102
3.3. FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO.....	113
3.4. INTERCONEXÃO COM A PROTEÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL.....	116

3.5. ALGUNS REFLEXOS JURÍDICO-PENAIIS DA DINÂMICA RELIGIOSA.....	118
3.5.1. <i>A proteção da liberdade religiosa como bem jurídico sujeito à tutela penal.....</i>	118
3.5.2. <i>Religião como motivo de moralidade e como elemento de estigmatização penal.....</i>	120
4.A PROTEÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL COMO FATOR DE INTEGRAÇÃO SÓCIO-POLÍTICA NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA E PLURALISTA.....	124
4.1. CONSTITUIÇÃO E INTEGRAÇÃO.....	124
4.1.1. <i>Integração pelos direitos fundamentais: a liberdade religiosa e sua função de integração.....</i>	125
4.1.2. <i>Integração pela abertura estrutural, semântica e interpretativo-procedimental.....</i>	126
4.1.3. <i>Integração pelo reflexo jurídico-constitucional da Cultura.....</i>	129
4.2. METÓDICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE INTEGRAÇÃO.....	131
4.2.1. <i>Hermenêutica diatópica e seus elementos de inserção jurídico-constitucional.....</i>	131
4.2.2. <i>Proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa e integração (fator metódico e fator-limite).....</i>	134
4.3. INTEGRAÇÃO E HERMENÊUTICA DIATÓPICA À LUZ DA PROBLEMÁTICA DA SIMBOLOGIA RELIGIOSA NAS ESCOLAS PÚBLICAS, UNIVERSIDADES PÚBLICAS E NO ESPAÇO PÚBLICO NÃO-ESTATAL.....	137
CONCLUSÃO.....	142
BIBLIOGRAFIA.....	144

INTRODUÇÃO

Para além da matéria como massa física determinável no tempo e no espaço, o homem representa um complexo espiritual-etéreo que, a despeito de ser fugaz ao olhar lógico-racional, se perfaz imortal no âmbito de sua ontologia. Considerar assim o homem não implica o seu alheamento frente ao contexto concreto-societário e a busca de uma perspectiva abstrata, mas antes auxilia na compreensão de sua posição ontológica e de sua determinação antropológica, tornando-o sujeito da História e não objeto da historicidade.

O complexo espiritual pelo qual o homem é estruturado em sua ontologia nos conduz à questão dos elementos dessa espiritualidade, pois é no espírito que se transcende à matéria e se buscam os fundamentos determinantes da existência. Como elementos da espiritualidade, os diversos espectros mundividenciais tendem a configurar e conformar a essência humana, direcionando o espírito à afirmação do homem como pessoa reflexiva e como homem frente a terceiros. Dentre os caminhos da transcendência material à espiritual, a religião se apresenta como o mais expressivo fio condutor do homem à sua (auto)determinação existencial, uma vez que, alocando-o numa relação de fiabilidade e direção heterônomas, torna sua *ratio existendi* justificável por uma perspectiva teológico-deísta.

Conquanto ideia conexa ao âmbito da individualidade, bem como considerada a natureza gregária do homem, a religião se perfaz fenômeno de afetação social, eis que, ao conduzir a linha do espírito no contexto da existência compreendida de forma individual, estrutura e conforma as expectativas comportamentais sociais em diversos níveis e dimensões. Como mundividência, expressa-se por semiótica e semântica próprias, e de diversos matizes, mas sendo todos estes reconduzidos a um elemento idiossincrático comum: a propagação de um discurso da verdade.

Todo discurso de ordem religiosa, inobstante sua estrutura ser dotada de subjetividade, quer-se substancial e objetivo, e, portanto, verdadeiro. A propagação discursiva de âmbito religioso se espraia no contexto social em função dos seus aderentes e em direção à captação dos não aderentes, intentando a sua afirmação como fenômeno social de justificação holística da axiologia, da moral e da ética. Daí surgem algumas complexidades de ordem problemática, pois, ao mesmo tempo que o fenômeno religioso surge como um discurso holístico de justificação existencial e direção espiritual, relaciona-se com a esfera ontológica do ser humano, a qual se tem por irreduzível ao mero nível da sujeição, antes constituindo grandeza da ordem da liberdade.

Assim, imbricam-se numa mesma realidade o discurso holístico de veracidade religiosa e o discurso ontológico da liberdade, donde questionamos o que de fato constitui livre escolha e exercício de uma dada visão, convicção e/ou doutrina religiosa, e o que representa apenas uma sujeição produto do decisionismo heterônomo e coativo. Ainda mais complexa se apresenta a questão relacionada às circunstâncias de simbiose entre o fenômeno religioso e outras esferas da ordem social, tal como a política e a economia, onde a submissão heterônoma ao fator religioso não apenas se intenta justificar pela afirmação da veracidade e assertividade do discurso que propaga, mas, acima de tudo, pelo intuito de dominação social que lhe é subjacente.

Neste sentido, surgem os problemas advindos das possíveis relações entre Estado e Religião, e da dinâmica relacional entre Igrejas e Estado, questionando-se acerca da existência de um enquadramento adequado e dos respectivos limites, já que a História nos demonstra inúmeras experiências desastrosas, nas quais o fenômeno religioso por vezes fora levado a níveis extremos com genuína aniquilação do espaço de liberdade individual do homem, vezes a níveis de redução quase inexpressiva, sendo em sua totalidade absorvido por manifestações sociais outras. Além das experiências que o passado histórico nos deixou, a atualidade nos tem fornecido alguns exemplos complexos no âmbito da relação Estado e Religião, em especial pela via do fundamentalismo religioso e sua periclitante associação a fatores e elementos de ordem político-econômica.

As consequências da distorção do fenômeno religioso ultrapassam os casos de compressão da liberdade individual, pois não se esgotam em situações de proselitismo exacerbado e conversões forçadas. Uma vez considerada a sociedade hodierna globalizada, aquelas conduzem, ao fim e ao cabo, à desintegração sócio-política, mormente em razão da acentuada intolerância que permeia a sociedade da pós-modernidade, tornando os diversos grupos sociais alheios aos outros. Como consequência, atinge-se o nível máximo de desequilíbrio sócio-político nas medidas de imposição de restrições político-diplomáticas, como o fechamento de fronteiras a estrangeiros de determinada nacionalidade que professem determinada confissão religiosa, e/ou sejam membros de alguma Igreja, confissão ou comunidade religiosa.

Acresça-se a isso as consequências advindas das refrações jurídico-políticas e jurídico-penais do fator religioso, em especial nas discriminações e restrições ao exercício de liberdade religiosa em razão de medidas em tese preventivas e securitárias cada vez mais frequentes no ambiente de insegurança e perigosidade das sociedades de risco, donde se problematiza a

utilização de determinadas indumentárias de caráter religioso, tais como o *hijab*, o *niqab* e a *burka*.

A equilibrar os impulsos dos diversos matizes do fenômeno religioso, impende-se a afirmação do discurso ontológico da liberdade pela via da semiótica e da semântica jurídico-constitucionais. Trata-se da afirmação da liberdade religiosa como direito fundamental. Ademais, trata-se da sua afirmação no contexto do constitucionalismo democrático de uma sociedade pluralista, onde o fator religioso é tratado não apenas como fenômeno social relevante, mas como fenômeno jurídico-constitucional de relevante expressividade.

Tema da presente investigação, a liberdade religiosa será aqui abordada a partir de uma perspectiva jurídico-constitucional (em especial, da teórica e dogmática dos direitos fundamentais), desenvolvendo-se os respectivos argumentos não apenas com base na doutrina e jurisprudência (constitucional) especializada, mas referenciando, por vezes, para efeitos de indicação do reflexo jurídico-positivo das questões, algumas das concretizações constitucionais e legislativas de ordenamentos jurídicos de ingente expressividade, tais como o português, o brasileiro, o alemão e o espanhol, mas sem que isso implique em alguma metódica de direito constitucional comparado, eis que trataremos aqui do delineamento de um arquétipo de base teórico-constitucional e dogmático-constitucional da liberdade religiosa como direito fundamental numa sociedade democrática e pluralista.

Releva-se consignar o enfoque teórico-dogmático assumido no presente intento, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, perscrutando-se a estrutura de direito fundamental da liberdade religiosa, o respectivo âmbito de proteção, a problemática relativa às restrições, refrações de controle e, em especial, a garantia do respectivo conteúdo essencial. Densificando ainda mais o enfoque temático da investigação, tratar-se-ão, em essência, duas questões centrais que aqui se encontram interligadas: primeiro, a questão relativa à determinação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa e sua garantia homônima, e segundo, a influência e a capacidade da referida garantia para a promoção da integração sócio-política no âmbito de uma sociedade democrática e pluralista.

Em termos estruturais, a presente investigação se encontra dividida em quatro capítulos, dos quais, no Capítulo 1 será abordado o surgimento do fator religioso como fator de liberdade, especificamente como direito fundamental; no Capítulo 2 passar-se-á ao tratamento jurídico-constitucional da liberdade religiosa sob a perspectiva teórico-dogmática dos direitos fundamentais, questionando-se acerca do seu respectivo âmbito de proteção, eficácia, limites (restrições), e a determinação do conteúdo essencial; no Capítulo 3 tratar-se-ão algumas questões limítrofes no contexto do exercício do direito fundamental à liberdade religiosa, tais

como o direito ao proselitismo, a utilização de símbolos e vestimentas que expressem determinada convicção religiosa, e o fundamentalismo religioso, sempre confrontando tais aspectos com a necessidade de proteção do respectivo conteúdo essencial; e no Capítulo 4 tratar-se-á da capacidade da garantia do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa como meio de promoção de integração sócio-política no contexto de uma sociedade democrática e pluralista; apresentando-se na Conclusão os argumentos de fecho às questões suscitadas e problematizadas.

Por fim, quanto à redação da presente, consignamos nossa opção pelo português do Brasil.

1. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL E O DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA

1.1. Um breve relato sobre a construção da ideia de liberdade e de direito sobre o fator religioso

Decerto que a assunção da ideia de liberdade¹ e de direito sobre o fator religioso não corresponde a um processo formativo linear, muito menos está vinculada a uma concepção monolítica representada por uma dada tradição e cultura religiosas. Entretanto, ao centrarmos o nosso objeto de análise ao nível do discurso jurídico-constitucional, e aos *topoi* que lhe são inerentes (liberdade, igualdade, democracia, dignidade humana, etc.), torna-se indubitável que a história do Cristianismo não pode fugir aos nossos olhos, pois o discurso teológico-axiológico judaico-cristão está na base do discurso do constitucionalismo liberal². O discurso teológico judaico-cristão e o discurso de liberdade do constitucionalismo liberal possuem como ponto principal de convergência material a centralidade sobre a figura do homem, constituindo este o reflexo e a consubstancialização da imagem de Deus (Gênesis 1:27) para o primeiro, e o ser em cuja natureza e racionalidade se fundamentam a liberdade e a autonomia individual para o segundo (clara herança ideológica do Iluminismo)³. Desta feita, é sobre parte da historicidade do Cristianismo, em especial no que tange à historicidade das ideias teológico-filosóficas e político-filosóficas que com ele entraram em interconexão, que devemos nos debruçar.

Nos primeiros séculos da historicidade cristã, relevantes vozes encetaram um incipiente discurso de liberdade sobre o fenômeno da religião, tais como Justino Mártir,

¹ Quanto à ideia de liberdade, assumimos desde já o posicionamento geral de RAWLS, John – *Uma teoria da justiça*. Tradução do original em inglês *A Theory of Justice*, de Jussara Simões. 4ª. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 248, onde compreende a descrição da liberdade em sua vinculação à existência de um sujeito que se encontra livre de uma dada restrição para que se lhe permita fazer algo.

² Essa conexão material-axiológica entre o discurso teológico judaico-cristão e o discurso do constitucionalismo liberal é abordada e defendida por MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. pp. 29 e ss. Partindo de uma perspectiva crítica acerca do princípio da neutralidade religiosa no contexto do Estado Constitucional, Machado (pp. 27 e ss.) defende a existência de um verdadeiro paradoxo em seu âmago, eis que, assumindo os valores propalados pela filosofia judaico-cristã, entende que o discurso do constitucionalismo liberal não pode ser compreendido como neutro em termos ontológicos, mas antes como vinculado a uma dada axiologia e fundamentado em um discurso teológico (judaico-cristão) de liberdade.

³ Tal relação não afasta a presença de similitudes teológico-discursivas entre o constitucionalismo liberal e outras religiões, eis que a ideia de liberdade não é restrita ao Cristianismo e à sua evolução histórica. Por exemplo, a vinculação do homem à sua liberdade (similar à concepção cristã de livre-arbítrio) aparece também em fragmentos textuais da religião iraniana arcaica (cfr. ELIADE, Mircea – *História das crenças e das ideias religiosas, volume I: da Idade da Pedra aos mistérios de Elêusis*. Tradução do original em francês *Historie des croyances et des idées religieuses – volume I*, de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. pp. 295-297).

Atenágora de Atenas, Tertuliano e Lactânio⁴. De acordo com ADRAÇÃO, Tertuliano, em sua obra *Ad Scapulam*, teceu densas considerações sobre a natureza jurídica da liberdade religiosa, onde a predicou, sob a ideia de “*ius humanum*”, como um genuíno direito humano, pessoal e de ordem natural, afirmando ser o livre exercício a sua essência⁵. Subjacente ao pensamento de Tertuliano estava a ideia de livre-arbítrio e voluntariedade do ato de fé ao considerar que se a prática religiosa não fosse realizada de forma livre e consciente, estaria conspurcada pela ausência de piedade⁶. Conquanto os fortes argumentos de Tertuliano, fora Lactânio o responsável pelo robustecimento das ideias de seu antecessor, tendo nelas se baseado ao contribuir de forma ativa para a renovação e a reconstrução da política religiosa imperial, no que referenciamos a influência direta sobre o Império de Constantino I⁷.

Com Lactânio, o processo histórico que se desenvolve em direção ao reconhecimento da liberdade religiosa recebe o elemento de defesa da tolerância como fator principal. DIGESER afirma que ao pensamento de Lactânio subjaz a voluntariedade como elemento essencial à fé e à religião, não se coadunando com a essência das práticas religiosas os atos de coerção ou conversão forçada, substituindo-se os atos de força pelo livre embate discursivo e argumentativo⁸. Assim, dois eram os elementos fundamentais caracterizadores da política religiosa defendida por Lactânio: a questão da punição religiosa não cabia ao Estado, mas somente a Deus, e que, naquilo que concerne ao ato de voluntariedade quanto às práticas

⁴ SHAH, Timothy Samuel – Christianity and Freedom: Ancient Roots and Historical Innovations. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 8. Para além de um pedido de clemência e tolerância religiosa frente as autoridades religiosas romanas, assevera o Autor que todos contribuíram de forma direta pela defesa de uma verdadeira liberdade religiosa como genuíno direito natural do homem, independente da crença professada, motivo pelo qual os referencia como “pais da Igreja” (*Church Fathers*). A título de exemplo, aduz que uma das primeiras vozes que de fato encetou o discurso da liberdade religiosa foi Tertuliano, tendo como ápice de sua manifestação as obras “*Apologia*” (de 197) e “*Ad Scapulam*” (de 212). Quanto a Tertuliano e Lactânio, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 21, salienta, em ambos, a busca por “(...) um perímetro de privacidade individual dentro do qual a opção de fé deveria permanecer inatacável”.

⁵ ADRAÇÃO, Paulo Pulido – *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 36. Aliás, SHAH, Timothy Samuel – The Roots of Religious Freedom in Early Christian Thought. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 54, afirma ter sido Tertuliano o responsável pela criação do termo “*libertatem religionis*” (liberdade religiosa).

⁶ SHAH, Timothy Samuel – The Roots of Religious Freedom in Early Christian Thought..., op. cit. p. 52. O discurso de Tertuliano se dirigia às autoridades romanas como forma de advertência sobre a inconformidade da política de perseguição, repressão e intolerância que era praticada, em especial, contra cristãos. Neste sentido, WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom: The Western Tradition. *Penn State Law Review*. Pennsylvania: Penn State Law. ISSN 1545-7877. Vol. 114, nº. 2 (2009), p. 502, afirma que o conceito de liberdade religiosa em Tertuliano está ancorado em dois elementos principais, quais sejam, liberdade contra a perseguição e coerção religiosas praticadas pelo Estado romano, e a existência de um direito de livre exercício e prática religiosa independentemente do lugar, do momento e das pessoas.

⁷ WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom..., op. cit. p. 504.

⁸ DIGESER, Elizabeth DePalma – *The making of a Christian empire: Lactantius and Rome*. Ithaca: Cornell University Press, 2000. p. 109.

religiosas, releva muito mais a intenção do ato do que a situação ritualística⁹. Comparando a evolução entre os discursos de Tertuliano e Lactâncio, DIGESER afirma que, diferente de seu sucessor, Tertuliano não construiu argumentos de forma teórica, não esclareceu até que ponto os próprios cristãos deveriam ser forçados à observância de práticas religiosas e não adentrou ao debate acerca da conversão pela argumentação e pela persuasão¹⁰. Ainda, quanto a Lactâncio, DIGESER atenta para o fato de o mesmo não ter explicado se na circunstância de divergências entre cristãos dever-se-ia também atuar com tolerância¹¹.

A relevância das ideias proferidas por Lactâncio decerto influenciaram a política imperial romana, como por exemplo, o Édito de Milão (313) – aprovado em acordo realizado entre os Imperadores Constantino e Licínio –, através do qual fora reconhecida a liberdade de cultos ao longo de todo o Império Romano¹². Neste contexto, um ponto muito relevante ressaltado por DIGESER é que o referido Édito não encetou qualquer privilégio ao Cristianismo, senão o colocou no mesmo nível que os demais segmentos e cultos religiosos, conferindo ampla liberdade religiosa e de cultos¹³.

Após o governo de Constantino, um dos pensadores mais influentes da teologia-cristã foi Agostinho (354-430)¹⁴. Agostinho defendia que a prática religiosa se conformava apenas a atos de voluntariedade que não fossem e não estivessem maculados pela coerção, sendo inadmissível a intromissão do poder civil na matéria. Exergava na alma humana o elemento de vinculação do homem a Deus, e colocava a verdade na sabedoria divina¹⁵. Entretanto, WALLACE informa que o pensamento de Agostinho sofre uma brusca viragem aquando de sua nomeação como Bispo de Hipona em 395, ao perceber que na região havia uma evidente e perigosa divisão entre cristãos ortodoxos e donatistas dissidentes, levando-o a defender a intervenção do poder estatal com o objetivo de combater a heresia sob o argumento de “justa

⁹ DIGESER, Elizabeth DePalma – *The making of a Christian empire...*, op. cit. p. 111.

¹⁰ *Ibidem.* p. 112.

¹¹ *Ibidem.* p. 113.

¹² WALLACE, E. Gregory – *Justifying Religious Freedom...*, op. cit. pp. 506 e 507.

¹³ DIGESER, Elizabeth DePalma – *Op. cit.* p. 123.

¹⁴ TIERNEY, Brian – *Religious Rights: A Historical Perspective*. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. p. 33, salienta que o pensamento e a prática religiosa de Agostinho de Hipona (Santo Agostinho) são marcados por dois momentos distintos e até mesmo contraditórios. Ao início de sua trajetória, Agostinho compartilha das ideias de tolerância e persuasão defendidas por Tertuliano e Lactâncio, mas depois sofre uma radical viragem em seu pensamento e defende o uso da força estatal na luta contra os hereges. Quanto às obras mais relevantes de Agostinho, referenciamos as “Confissões” (aproximadamente em 400) e “Cidade de Deus” (finalizada em 426). Sobre a sua influência no pensamento da Igreja Católica, cfr., também, HOLMES, J. Derek; BICKERS, Bernard W. – *História da Igreja Católica*. Tradução do original em inglês *A Short History of the Catholic Church*, de Victor Silva. Lisboa: Edições 70, 2006. pp. 56 e 57.

¹⁵ AGOSTINHO, Santo – *Diálogo sobre a Felicidade*. Tradução do original *De Beata Vita*, de Mário A. Santiago de Carvalho. Lisboa: Edições 70, 2007. pp. 27 e 89-91.

perseguição”¹⁶. Assim, WALLACE afirma que, após a viragem ocorrida no pensamento de Agostinho, suas investidas se afastaram dos discursos de liberdade professados por Tertuliano e Lactânio, tendo influenciado quase um século de política religiosa persecutória¹⁷. Tal dualismo presente no pensamento de Agostinho é ressaltado por MACHADO ao caracterizar a primeira fase como configurada por uma “atitude de intolerância material”, mas que ainda não o levava à defesa do uso da força, enquanto a segunda fase de seu pensamento foi tomada pelo lado oposto, ao compreender os hereges a partir de uma verdade declarada como objetiva em sua interpretação sobre os textos bíblicos, pugnando pelo uso da força como forma de combate à heresia¹⁸.

No contexto de sua fase de intolerância, RIST aduz que a razão pela qual Agostinho entende não apenas ser injusto como também “moralmente perigoso” deixar de aplicar a coerção em determinadas situações, é que, para aqueles que possuem o dever de coagir – autoridades eclesiásticas –, omitir-se quanto ao cumprimento de seu dever é antes desobedecer a palavra e os mandamentos de Deus¹⁹. Conquanto, o discurso de Agostinho garantiu ao menos um nível mínimo de proteção aos dissidentes religiosos, notadamente aos judeus²⁰.

Na passagem para a Idade Média, TIERNEY acentua as discussões acerca da separação institucional entre Estado e Igreja como um dos pontos mais relevantes no caminho para a construção da ideia de liberdade religiosa²¹. Nesta linha, ADRAGÃO referencia o pensamento de Tomás de Aquino, por meio do qual se procedera à distinção entre duas ordens, quais sejam, “as ordens natural e sobrenatural, a ordem do Direito natural da ordem do Direito divino-positivo, a ordem da natureza da ordem da graça”²². Quanto ao pensamento de Aquino sobre o ato de exercício religioso individual, ADRAGÃO acentua a presença do elemento de tolerância para com o culto público dos judeus e do respeito frente aos não crentes, mas assevera que, de forma distinta, o posicionamento para com os hereges era de intolerância, repressão e até mesmo, em determinadas circunstâncias, condenação à morte²³. Como salienta MACHADO, o

¹⁶ WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom..., op. cit. pp. 519 e 520. Em que pese o pensamento de Agostinho ser por muitas vezes vinculado a um ideal de política religiosa persecutória, TIERNEY, Brian – Religious Rights: A Historical Perspective..., op. cit. p. 33, constata haver profunda divergência entre acadêmicos e pensadores sobre a questão.

¹⁷ WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom..., op. cit. p. 525.

¹⁸ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 31.

¹⁹ RIST, John – Augustine and Religious Freedom. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 106.

²⁰ RIST, John – Augustine and Religious Freedom..., op. cit. p. 109.

²¹ TIERNEY, Brian – Religious Rights: A Historical Perspective..., op. cit. p. 34.

²² ADRAGÃO, Paulo Pulido – *A liberdade religiosa e o Estado*. p. 45.

²³ *Ibidem*. pp. 45 e 46. Para TIERNEY, Brian – Religious Rights: A Historical Perspective..., op. cit. pp. 36 e 37, o pensamento de Tomás de Aquino colocara certa centralidade na consciência individual ao defender que o indivíduo estava a ela vinculado, de forma que, ainda que o discernimento acerca do bem e do mal fosse produto

pensamento filosófico-teológico de Tomás de Aquino, centrado na unívoca corporização do pensamento religioso sob a instituição da Igreja, constituindo esta o *corpus* legítimo e responsável pela consubstanciação, configuração e propagação da vida e da verdade em Cristo, contribuiu para a formação do conceito de *libertas ecclesiae*²⁴.

Em direção ao período da Reforma Protestante²⁵, o contexto histórico que a precedeu fora marcado por um choque entre as instituições da Idade Média, provocando a formação de novos segmentos religiosos e colocando a questão do pluralismo religioso em grau de relevante indiscutibilidade²⁶. No contexto da Reforma Protestante, um dos maiores contributos intelectuais para a construção do discurso de liberdade em matéria de religião, ao menos em benefício da fé cristã, proveio do pensamento de Martinho Lutero, em cujo âmago fixava-se a ideia de limitação do governo civil frente aos mandamentos da consciência individual, sendo-lhe esta inultrapassável²⁷. Conforme asseverado por WALLACE, dois são os princípios elementares ao Cristianismo e subjacentes à doutrina de Lutero, quais sejam, a prática da fé individual e o sacerdócio do crente, onde o cristão é responsável somente diante de Deus, razão pela qual Lutero se opôs às perseguições intentadas pela Igreja Católica, invocando, acima de tudo, a liberdade de consciência como *locus* inviolável das crenças²⁸.

Entretanto, OZMENT chama atenção para a não configuração de uma ampla liberdade sob as bases filosóficas de Lutero, pois apesar de reconhecer a capacidade crítica com que cada

de um juízo equivocado, os mandamentos da consciência individual ainda sim seriam obrigatórios. Entretanto, salienta o Autor (p. 37) não se tratar de uma questão relativa à liberdade religiosa, mas apenas de um dever para com a própria consciência.

²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 32-36. Sobre a ideia de *libertas ecclesiae* configurada em Aquino, assevera Machado (p. 33): “A liberdade só é possível com o conhecimento que advém da crença em Deus. Trata-se, pois, aqui, não de uma liberdade de religião, em sentido jurídico, mas de uma liberdade na religião, em sentido teológico”. De outro ponto de vista, ADRAGÃO, Paulo Pulido – *A liberdade religiosa e o Estado*. p. 43, aduz que, diferente de Jónatas Machado, a ideia de *libertas ecclesiae* foi historicamente referenciada como categoria de defesa da liberdade institucional da Igreja perante o poder político, servindo como *topos* de oposição à intervenção das autoridades civis em matéria de religião.

²⁵ No cerne das teses reformistas, ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 50, assevera que, apesar das distinções em termos de conteúdo doutrinário, todas se dirigiram como forma de ataque à concepção objetiva da fé propagada pela Igreja Católica, voltando-se, pelo contrário, a uma forma de pensamento baseada na compreensão interior e subjetiva daquela.

²⁶ WILKEN, Robert Louis – The Christian Roots of Religious Freedom. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 70.

²⁷ OZMENT, Steven – Martin Luther on Religious Liberty. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. p. 75.

²⁸ WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom..., op. cit. p. 546. Conquanto, Wallace (p. 547) atenta para o fato de que Lutero, inobstante se posicionar contra as perseguições em face de hereges e as conversões forçadas, em especial sob a base da defesa da liberdade de consciência, não deixou de consignar que o homem não deveria se afastar da verdade objetiva e absoluta contida nas escrituras. HOLMES, J. Derek; BICKERS, Bernard W. – *História da Igreja Católica*. p. 156, salientam que na essência do pensamento crítico de Lutero estava a fundamentação da fé restrita às escrituras, as quais considerava como única forma de autoridade sobre o homem e como único canal para sua justificação.

crente é dotado ao interpretar tudo aquilo que lhe é apresentado como a palavra de Deus, o reformista não reconhecia uma pluralidade de interpretações válidas sobre as escrituras, muito menos a possibilidade de formação de distintas confissões religiosas que nelas se baseassem²⁹. Nesta senda, WALLACE se refere ao ano de 1525 como o marco temporal de viragem no pensamento de Lutero, onde este passou a defender, com veemência, o combate aos hereges e às “falsas religiões”³⁰.

Ainda, e na esteira da defesa acerca da inviolabilidade da consciência individual, Lutero se debruçou sobre a clara distinção entre duas ordens de poder, uma espiritual e outra temporal (secular), pugnando pela total incompetência das autoridades governamentais em termos de determinação de fé, esfera sobre a qual apenas o Espírito Santo (*the Holy Spirit*) teria influência, posicionando a liberdade religiosa como um genuíno direito natural e inalienável do homem a se opor a qualquer intervenção coercitiva sobre a sua consciência³¹.

Outra contribuição de patente relevância para a configuração da ideia de liberdade religiosa no contexto da Reforma Protestante está na doutrina teológica de Calvino, dividindo-se o seu pensamento em duas fases. Para John WITTE JR., a primeira fora marcada pela identificação de duas liberdades distintas (liberdade espiritual e liberdade política, na esteira da doutrina do dualismo de poderes), e a segunda focada na identificação e configuração da competência de cada esfera de poder, empreendendo aí um esforço de defesa acerca da dimensão institucional da liberdade religiosa³². Na primeira fase de suas visões teológicas, Calvino se manifestou, na esteira de Lutero, em defesa da liberdade de consciência individual e em oposição à opressão da Igreja Católica, traçando uma palmar distinção entre as autoridades e suas respectivas funções no contexto institucional³³.

²⁹ OZMENT, Steven – Martin Luther on Religious Liberty..., op. cit. p. 76. É neste sentido que Ozment (p. 77) entende só ser possível compreender a ideia de liberdade cristã como liberdade religiosa pela perspectiva da libertação através das “verdades evangélicas luteranas” (*evangelical Lutheran truths*), e não qualquer interpretação livremente extraída das escrituras, razão pela qual assevera que: “*In Lutheran lands, Christian freedom in the end meant the right to dissent from Rome and to agree with Wittenberg*”. (Tradução nossa: “Em terras Luteranas, a liberdade cristã significa, ao final, o direito de divergir de Roma e concordar com Wittenberg”). O exclusivismo interpretativo em Lutero pode ser visto em obra na qual intenta a explicação de uma oração cristã (cfr. LUTERO, Martinho – *Explicação do Pai Nosso*. Tradução do original em alemão *Auslegung deutsch des Vater Unseres für die einselnen leyen*, de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2018).

³⁰ WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom..., op. cit. p. 550.

³¹ OZMENT, Steven – Martin Luther on Religious Liberty..., op. cit. pp. 80 e 81. No que tange à doutrina do dualismo de poderes, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 57, assevera ter Lutero seguido a teologia-cristã de Agostinho de Hipona.

³² WITTE JR., John – Moderate Religious Liberty in the Theology of John Calvin. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. p. 86.

³³ WITTE JR., John – Calvinist Contributions to Freedom in Early Modern Europe. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 211.

Relevante e distinto no pensamento de Calvino é a sua compreensão de que, inobstante a centralidade da liberdade de consciência individual, devem os indivíduos prestar obediência total às autoridades civis, mesmo que estas atuem sob circunstâncias tirânicas, já que constituem instrumentos de ordenação legitimados por Deus, donde descumprir as ordens governamentais implicaria em desobediência para com as ordens divinas³⁴. Na segunda fase de seu pensamento, Calvino direciona sua argumentação em defesa dos direitos subjetivos como direitos naturais, como direitos iguais e liberdades de todos³⁵. Como seus antecessores, adentrou no âmbito da doutrina do dualismo de poderes, conferindo um amplo e denso tratamento sobre as questões relativas à moral e ao direito natural³⁶.

Ao fim da Reforma Protestante, uma de suas principais consequências foi a divisão da Europa em inúmeras confissões religiosas – o que denota a existência de um forte pluralismo religioso, ainda que não no sentido de uma esfera de convivência social pacífica entre segmentos religiosos diversos –, com a conseqüente eclosão de guerras religiosas espalhadas pelo velho continente³⁷. Em momento seguinte, intentando-se a resolução dos conflitos religiosos advindos do período reformista, surge a Paz de Augsburg (1555), instituindo-se o princípio *cuius regio eius religio*, através do qual, em movimento oposto ao do reconhecimento de uma ampla liberdade religiosa, conferiu-se aos príncipes a competência para decidir sobre a “integridade confessional” de seus respectivos territórios, princípio este reforçado e ampliado com a Paz de Westfália (1648)³⁸. Subjacente ao referido princípio – *cuius regio eius religio* – estão as ideias e doutrinas político-absolutistas, em cujo âmago estava o objetivo de se alcançar

³⁴ WITTE JR., John – Calvinist Contributions..., op. cit. p. 212.

³⁵ *Ibidem*. p. 213.

³⁶ *Ibidem*. p. 214.

³⁷ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *A liberdade religiosa e o Estado*. p. 51. Aliás, esse é o motivo pelo qual Adragão (pp. 51 e 52) entende que a Reforma Protestante não contribuiu de forma direta para a configuração e o estabelecimento da liberdade religiosa na Europa, tendo apenas se restringido a instituir um certo nivelamento institucional entre as confissões religiosas. No mesmo sentido, anota TIERNEY, Brian – *Religious Rights: A Historical Perspective...*, op. cit. p. 46, que o movimento reformista, em que pese a densa contribuição teológico-doutrinária, não logrou o atingimento da liberdade religiosa como liberdade e direito fundamental, eis que os próprios integrantes do movimento se mostraram tão intolerantes quanto seus contemporâneos, em especial quanto ao tratamento conferido a judeus e católicos.

³⁸ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 51. Esclarecendo o objetivo de ambos os instrumentos (Paz de Augsburg e a Paz de Westfália), onde não se intentara a instituição da liberdade religiosa de forma ampla, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 61, salienta a instituição de um “modelo de paridade biconfessional”, pois logrou apenas o apaziguamento entre católicos e confessionistas. HOLMES, J. Derek; BICKERS, Bernard W. – *História da Igreja Católica*. pp. 193 e 195, reconhecem na Paz de Augsburg um instrumento de ratificação da divisão da Europa em distinta confissões, perante o qual, apesar de ter reconhecido oficialmente o direito e a liberdade de culto aos católicos e protestantes, salientam que o Papa Paulo IV se manifestou de todo inflexível perante os protestantes, negando-lhes quaisquer concessões. Ainda, sobre a Paz de Westfália, asseveram os Autores (p. 199) ter “marcado uma fase decisiva na aceitação da diversidade religiosa” e ter inaugurado “uma nova ordem política em que católicos e protestantes enfim seriam obrigados a aceitar o facto do pluralismo cristão e do pluralismo religioso”.

a unidade confessional do território como forma de atingir a coesão social, evitar conflitos e assim alcançar ordem e unidade nacional³⁹.

Nesse contexto político-filosófico absolutista, Jean Bodin e Thomas Hobbes enxergavam na figura do Estado o elemento indispensável à instituição da ordem e da paz, a cujo poder deveriam as inúmeras confissões religiosas se sujeitar independentemente da doutrina professada, evitando-se potenciais conflitos religiosos, donde se dá o incipiente processo de distinção entre os discursos teológico, político e jurídico⁴⁰. Quanto ao pensamento de Hobbes, três pontos são centrais: primeiro, a negação de um pretenso dualismo de poderes, debruçando-se sobre as escrituras bíblicas em Moisés para fundamentar a existência de um monismo, onde há apenas uma autoridade, uma soberania unificada⁴¹; segundo, sobre a interpretação da palavra de Deus – as escrituras – não existe um direito à interpretação, senão apenas uma interpretação vinculante, produto da autoridade soberana (a Igreja) e contra a qual a insurreição ou desobediência deve ser compreendida como ato de um inimigo⁴²; e terceiro, a monarquia é tomada como a melhor forma de governo, em cuja defesa Hobbes considera ser indispensável a obediência para que se torne possível a fruição da vida em liberdade⁴³.

Adentrando ao contexto histórico de formação das bases político-filosóficas do Iluminismo, surge com o pensamento de John LOCKE um incipiente conceito sobre a igualdade e a dignidade dos homens sob o poder de Deus ao entender que “são obra de um mesmo criador onnipotente, e infinitamente sábio”⁴⁴. Em termos político-filosóficos, LOCKE afirma que a origem e o fundamento do governo civil estão no consentimento, eis que o homem é livre por natureza, competindo ao poder político apenas a preservação da propriedade⁴⁵. Em matéria de religião, MACHADO enfatiza a forte presença do elemento da tolerância em Locke, pois, ao invés do reconhecimento de uma liberdade jurídica para a prática de cultos e de atos de religião, o discurso configurado se dirigia ao mero reconhecimento de uma “concessão graciosa e reversível do Monarca, do Estado ou de uma maioria política ou religiosa”⁴⁶.

³⁹ HOLMES, J. Derek; BICKERS, Bernard W. – *História da Igreja Católica*. p. 200. Assim, acentuam os Autores: “A política de ‘um rei, uma lei, uma fé’, e os princípios do absolutismo difundiram-se por toda a Europa e eram amplamente aceites como a melhor forma de manter a ordem e preservar a unidade nacional”.

⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 62-64.

⁴¹ MITCHELL, Joshua – Thomas Hobbes: on Religious Liberty and Sovereignty. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. pp. 124-127.

⁴² *Ibidem*. pp. 131-134.

⁴³ *Ibidem*. pp. 134-139.

⁴⁴ LOCKE, John – *Segundo Tratado do Governo: Ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 37.

⁴⁵ *Ibidem*. pp. 138-139 e 143-144.

⁴⁶ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 73.

Assim, em sua *Carta sobre a Tolerância*, LOCKE, para além de abordar a necessária limitação competencial do poder civil, em especial o poder coativo do magistrado, onde assevera ter este poder apenas sobre os bens civis dos homens (vida, liberdade, integridade do corpo e propriedade dos bens externos), aduz que o dever de tolerância em face de dissidentes religiosos está em plena conformidade com as prescrições do Evangelho de Deus⁴⁷. De acordo com LOCKE, ao magistrado não compete decidir sobre as almas dos homens pelo fato de seu poder estar fundamentado na coação, mas que, de toda forma, aos hereges pode se dirigir com a argumentação e persuasão baseadas em plena tolerância, com o objetivo de conduzi-los à verdade e à salvação⁴⁸. Quanto à Igreja, LOCKE defende a natureza de “sociedade livre e voluntária”, submetida às suas próprias leis e organização, e livre de toda coação externa⁴⁹. Em que pesem os argumentos em defesa da tolerância, LOCKE afirma ser esta inviável no que tange aos ateus, pois dada a sua não vinculação a Deus, entende que os elementos de seu vínculo social (a palavra, o contrato e o juramento) são instáveis, tornando-se elementos de latente periculosidade à integridade da sociedade civil⁵⁰.

Da banda colonial norte-americana, Roger Williams logrou densa contribuição para a construção da liberdade de consciência. Durante a experiência de Roger Williams na Colônia de Massachusetts, provocou profunda oposição por parte dos líderes políticos ao defender ideias como a separação entre as Colônias e a Igreja da Inglaterra, e que os não-cristãos não deveriam ser obrigados a orar ou a fazer qualquer juramento religioso, donde também pugnava pela separação entre a jurisdição civil e eclesiástica⁵¹. Williams dirigiu duras críticas à profunda intolerância religiosa praticada na Colônia de Massachussets, no que envidara esforços para encetar um processo de secularização das instituições políticas e governamentais, suscitando forte oposição por parte dos seus contemporâneos puritanos⁵². No âmago de seu pensamento crítico, Williams defendia a liberdade de consciência como uma das formas de oposição à perseguição e intolerância religiosas em decorrência de sua compreensão acerca da relação

⁴⁷ LOCKE, John – *Carta sobre a Tolerância*. Tradução do latim *Epistola de Tolerantia*, de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 2014. pp. 104 e 105.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 106.

⁴⁹ *Ibidem*. pp. 107 e 108.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 137. Neste sentido, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 75, assevera que a tolerância em Locke não se estendia aos ateus e aos católicos não em razão dos respectivos posicionamentos em termos de crença, mas sim por considerá-los fontes potenciais de perigo e ameaça aos elementos de reciprocidade e liberdade que são indispensáveis à sociedade.

⁵¹ TIL, L. John Van – *Liberty of conscience: the history of a Puritan idea*. Phillipsburg: P&R Publishing, 1992. pp. 60 e 61.

⁵² KRAMNICK, Isaac; MOORE, R. Laurance – *The godless constitution: the case against religious correctness*. London: W. W. Norton & Company, 2005. pp. 46-48, motivo pelo qual as autoridades de Massachussets baniram Williams da Colônia, tendo sido, logo em seguida, o responsável pela fundação da Colônia de Rhode Island.

entre Estado e Igreja, pois a consciência representava para ele um elemento de autopersuasão vinculado à vida e à essência do homem, através do qual devem os indivíduos se guiar unicamente perante a Deus e a sua fé⁵³.

Nessa toada, como salienta NUSSBAUM, Williams enfatizou a necessidade de se alcançar a paz social através da reciprocidade em termos de respeito e tolerância entre os indivíduos que possuam distintos “compromissos de consciência”⁵⁴. Assim, logo quando da fundação da Colônia de Rhode Island por Williams, instituiu e garantiu ampla liberdade de consciência, tendo a respectiva Carta de fundação e colonização abarcado uma cláusula relativa à liberdade religiosa, onde se assegurou a declaração expressa da livre autodeterminação, de juízo e consciência, em matéria de religião, desde que as respectivas práticas tivessem lugar em circunstâncias de serenidade e paz, sem que houvesse perturbação da ordem e danos aos direitos de terceiros⁵⁵. Sobre o posicionamento de Williams, MACHADO aduz que a oposição às confusas e nefastas relações de entrelaçamento entre religião e política está no centro do seu pensamento⁵⁶, razão pela qual KRAMNICK e MOORE salientam que, para Williams, a melhor forma que a autoridade civil pode promover o fenômeno religioso é de nele se abster de intervir⁵⁷.

Passando-se ao período revolucionário americano, tendo-se como ponto culminante a Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 (art. 16)⁵⁸, nomes como Thomas Jefferson e James Madison formaram em grande parte as compreensões político-filosóficas acerca das relações entre Estado e religião⁵⁹. Por exemplo, KRAMNICK e MOORE assinalam que, em 1776, quando Thomas Jefferson exercia funções como delegado na Assembleia da Virgínia, foi responsável pela edição de uma resolução que visava a instituição da separação entre Igreja e Estado⁶⁰. De

⁵³ TIL, L. John Van – *Liberty of conscience...*, op. cit. p. 67.

⁵⁴ NUSSBAUM, Martha C. – *Libertad de conciencia: contra los fanatismos*. Tradução do original em inglês *Liberty of Conscience*. In *Defense of America's Tradition of Religious Equality*, de Alberto E. Álvarez y Araceli Maria Benítez. Barcelona: Tusquets Editores, 2009. p. 47.

⁵⁵ Cfr. trecho da Carta de fundação em NUSSBAUM, Martha C. – *Libertad de conciencia...*, op. cit. pp. 58 e 59. Releva atentarmos para o fato de que, neste momento – fundação de Rhode Island por Williams –, a ideia de liberdade religiosa como direito começa a tomar contornos mais concretos e mais jurídicos, pois, dentre outros elementos de relevância, constata-se que a Carta de fundação, ao prever expressamente a liberdade de consciência em matéria de religião, veicula, *ad principium*, fatores de limitação ao exercício do direito, quais sejam, a não violação dos direitos dos outros e a não violação da ordem pública.

⁵⁶ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 80.

⁵⁷ KRAMNICK, Isaac; MOORE, R. Laurance – *The godless constitution...*, op. cit. p. 57.

⁵⁸ “A religião, as obrigações para com o nosso Criador e a forma de as cumprir, só podem ser prescritas pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; e é dever de todos praticar a benevolência cristã, o amor e a caridade para com os outros” (cfr. referência e tradução em ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 71).

⁵⁹ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 62. Em relevante constatação, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 78, afirma que é no contexto norte-americano, em especial o revolucionário, que o processo de fundamentalização da liberdade religiosa se transmuda ao processo de constitucionalização.

⁶⁰ KRAMNICK, Isaac; MOORE, R. Laurance – *The godless constitution...*, op. cit. p. 92. Ainda, assinalam os Autores que, para Jefferson, baseando-se em John Locke, a autoridade civil possui competência apenas para a

forma ainda mais evidente quanto à defesa da liberdade de consciência e de religião, Jefferson redigiu e propôs o *Act of Virginia for Establishing Religious Freedom* em 1786, através do qual assentara que de forma alguma competia à legislação afetar, violar ou sobrecarregar qualquer fé ou opinião, que competia às autoridades governamentais atuar na matéria apenas em caso de violação da “paz e da ordem públicas”, que todo teste ou juramento religioso como condição para a ocupação de cargos públicos se quedava proibido e que todas as regras e leis da sociedade civil não estavam vinculadas a qualquer opinião religiosa, senão que eram perante as mesmas totalmente independentes⁶¹.

Na esteira ideológica de John Locke e seguindo o pensamento político de Jefferson, James Madison compreendia o governo civil como incompetente em matéria de religião, sendo esta afeta apenas à consciência individual, na linha de uma estrita separação entre Estado e Igreja⁶². Nessa toada, Madison defendeu com veemência a separação entre o “governo dos homens” e o “governo dos anjos” no *Federalista* nº. 51, em cujo cerne aduzira que tanto aos direitos civis como aos direitos religiosos deve ser conferida a mesma segurança e proteção⁶³. Sob esta distinção, NUSSBAUM assinala que o ideal separatista de Madison buscava assegurar a igualdade entre os cidadãos, a fim de evitar que o Estado se utilizasse de sua própria autoridade para promover diferenciações e desequiparações entre religiões⁶⁴. Desta feita, foi através dos posicionamentos de Thomas Jefferson e de James Madison em matéria de religião, que da proclamada e tão defendida liberdade de consciência se tornou possível, primeiro, o tratamento da questão no que tange à separação entre Estado e religião sob o aspecto da vedação, ao menos ao nível federal, de testes e juramentos religiosos como condição para o exercício de função pública (art. 6º., Constituição de 1787), e segundo, a proteção constitucional da liberdade

proteção da liberdade, propriedade e integridade pessoal dos indivíduos, sendo-lhe vedada a intromissão em matéria de fé. Acrescentam que, em um de seus discursos, Jefferson culpou John Locke por ter estendido a liberdade de religião somente aos dissidentes protestantes, negando-a a católicos e não-crentes, no que afirmara a necessidade e o empenho de seguir adiante e estender tal liberdade a todos.

⁶¹ KRAMNICK, Isaac; MOORE, R. Laurance – *The godless constitution...*, op. cit. pp. 92 e 93. Cfr., também, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 82 e 83.

⁶² KRAMNICK, Isaac; MOORE, R. Laurance – *The godless constitution...*, op. cit. p. 103. Conforme relatado pelos Autores, Madison e Jefferson compartilhavam dos mesmos ideais separatistas no que tange às relações entre Igreja e Estado, tendo inclusive Jefferson, sobre a elaboração do *Act of Virginia for Establishing Religious Freedom*, se baseado nos argumentos delineados por Madison em seu *Memorial and Remonstrance*. Salientando o ideal separatista de Madison como essencial à proteção da liberdade de consciência, cfr. MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 81.

⁶³ NOONAN, John Thomas – *The Lustre of our Country: the American experience of religious freedom*. Berkeley: University of California Press, 2000. pp. 77. Neste sentido, assevera Madison no *Federalista* nº. 51: “(...) Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos” (Cfr. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James – *O Federalista*. Tradução do original em inglês *The Federalist*, de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª. ed., 2ª. tiragem. Campinas: Russell Editores, 2010. p. 330.).

⁶⁴ NUSSBAUM, Martha C. – *Libertad de conciencia...*, op. cit. p. 99.

religiosa como direito fundamental inalienável sob a esteira das cláusulas de livre exercício (*Free Exercise Clause*) e de não estabelecimento (*Establishment Clause*), ambas contidas na 1ª. Emenda/1791 à Constituição de 1787⁶⁵.

Aproximado o período revolucionário francês (1789), afirma ADRAGÃO possuírem ambos os movimentos revolucionários significativas diferenças, considerando o primeiro pragmático por essência, e o segundo caracterizado por elementos ideológicos (influência direta do Iluminismo-filosófico)⁶⁶. No contexto político-filosófico do Iluminismo, Immanuel KANT compreende o que chama de “doutrina da religião” como questão submetida a um esquema “lógico-subjetivo” que é expresso por um dever de caráter subjetivo, ou seja, uma espécie de dever direcionado para o indivíduo em si mesmo considerado⁶⁷. Tal é a razão pela qual KANT fundamenta a sua defesa da “consciência moral” como vetor em termos de religião, cabendo tão somente ao homem julgar o que é certo e o que é errado⁶⁸.

No que tange aos efeitos da Revolução Francesa sobre a questão da ideologia religiosa, HOBBSAWM adverte a fluência de um processo de “secularização de massas” contextualizado por gerações que intentavam instituir uma “moralidade burguesa anticristã”⁶⁹. Tal processo de privatização do fenômeno religioso teve por decerto forte influência do discurso liberal da revolução americana, cujo *topos* essencial, centrado na proclamação e na defesa de direitos naturais e inalienáveis do homem, acabou por conduzir a historicidade do fato religioso às raias do secularismo⁷⁰.

⁶⁵ SANDOZ, Ellis – Religious Liberty and Religion in the American Founding Revisited. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. p. 275.

⁶⁶ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 69. Ainda, HOBBSAWM, Eric. J. – *A era das revoluções: 1789-1848*. Tradução do original em inglês *The Age of revolution 1789-1848*, de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 38ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. pp. 105 e 106, em referência à unidade ideológica do movimento revolucionário francês, assevera que este não teve sua gênese em alguma liderança partidária organizada ou mesmo em homens dotados de um programa político a ser implementado, mas antes num grupo social – a burguesia – cujo consenso de ideias, dentre estas o ideal liberalista clássico sob forte influência dos filósofos iluministas, permitiu a estruturação e a operacionalização da Revolução.

⁶⁷ KANT, Immanuel – *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de José Lamago. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. p. 451.

⁶⁸ KANT, Immanuel – *A Religião nos Limites da Simples Razão*. Tradução do original em alemão *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008. pp. 187 e ss.

⁶⁹ HOBBSAWM, Eric. J. – *A era das revoluções...*, *op. cit.* pp. 340 e 342. Ainda, Hobsbawm assevera que: “(...) o triunfo burguês imbuíu a Revolução Francesa da ideologia moral-secular ou agnóstica do Iluminismo do século XVIII, e desde que o idioma daquela revolução se transformou na linguagem geral de todos os movimentos sociais revolucionários subsequentes, também lhes transmitiu este secularismo”.

⁷⁰ HOLMES, J. Derek; BICKERS, Bernard W. – *História da Igreja Católica*. p. 240. Neste sentido, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, *op. cit.* p. 93, assevera que: “A esta luz, compreende-se que a luta contra a intolerância religiosa e a afirmação de um discurso jurídico-constitucional mais inclusivo arraste consigo a secularização das esferas da vida social”.

Entretanto, em que pese essa constatação, o processo de transmutação da liberdade religiosa a autêntico direito fundamental constitucionalizado teve pela Revolução Francesa o seu devido êxito, com o reconhecimento da liberdade de opinião e de expressão no bojo do art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“Ninguém deve ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo as opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”) de 26 de agosto de 1789⁷¹. De toda a historicidade evolutiva da ideia de liberdade à ideia de direito do fenômeno religioso e suas práticas, sua fundamentalização e sua constitucionalização, os períodos revolucionários americano e francês foram os responsáveis diretos sobre a transmutação do que havia de resquício de um discurso teológico-confessional para um discurso jurídico de liberdade, seguindo-se a sua integração à semiótica e à semântica jurídico-constitucionais do liberalismo pós-revolucionário, onde aquelas declarações de direitos (Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) constituíram elementos indispensáveis a tanto, erigindo e conformando os incipientes elementos do âmago do constitucionalismo liberal⁷².

1.2. Autonomia científica e teórico-dogmática da liberdade religiosa: o Direito Constitucional da religião

A positivação jurídico-constitucional da liberdade religiosa aparece ladeada a outras liberdades jusfundamentais – liberdade de pensamento, liberdade de opinião, liberdade de expressão, liberdade de consciência e liberdade ideológica –, que apesar de possuírem elementos teóricos comuns, com elas não se confunde. Todas as referidas liberdades (e direitos fundamentais) integram o plexo jusfundamental das liberdades do espírito⁷³, pois constituem o instrumental pelo qual as pré-compreensões, compreensões e mundivisões do homem recebem relevância jurídica e se tornam possibilitadas à manifestação e à exteriorização incondicionadas em termos formais e materiais.

Inobstante as interconexões materiais existentes entre as referidas liberdades, releva buscarmos os elementos para uma possível diferenciação, senão vejamos. José AFONSO DA SILVA, tecendo comentários sobre a liberdade religiosa no contexto da Constituição da

⁷¹ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 85 e 86. Quanto à referência ao texto e tradução do art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cfr. ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 71.

⁷² CAETANO, Marcello – *Manual de ciência política e direito constitucional. 1º. v.: Introdução, estudo descritivo de algumas experiências constitucionais estrangeiras, teoria geral do Estado.* 6ª. ed., rev. e ampl. 4ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 314.

⁷³ Ponto este ressaltado por ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 510.

República Federativa do Brasil (art. 5º., VI), assevera que a sua manifestação constitui uma forma especial de operacionalização da liberdade de manifestação do pensamento, ao considerar este – “o pensamento” – tudo aquilo que provem da própria percepção individual da realidade⁷⁴. Partindo do mesmo contexto jurídico-positivo e delineando uma relação de continente e conteúdo, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO compreende tanto a liberdade de consciência, a qual vincula a esfera do “foro íntimo”, como a liberdade de expressão (ou manifestação do pensamento, segundo o Autor) sob o plexo da liberdade geral de pensamento, conectando, ainda, a liberdade de crenças àquela esfera interna de liberdade, ou seja, à liberdade de consciência⁷⁵.

Incluindo a liberdade de opinião e de pensamento como material-objeto da liberdade de expressão, Gilmar MENDES e GONET BRANCO afirmam ser da sua essência a proteção do ato comunicativo livre⁷⁶. E, no que tange à liberdade religiosa, a separam da liberdade de consciência e aduzem constituir a faculdade de livre formação da consciência e do pensamento⁷⁷. Ou seja, há aqui a fusão entre liberdade de consciência, opinião e de pensamento⁷⁸, coloca-se a liberdade de expressão como forma de operacionalização e externalização daquelas liberdades e especializa-se a liberdade religiosa como *locus* jusfundamental da consciência e da expressão religiosas.

Destarte, interessante notarmos que, em termos gerais, a relação entre tais liberdades (liberdade de pensamento e liberdade de expressão) e a liberdade religiosa se configura num esquema de continente e conteúdo, onde esta última se apresenta como liberdade alocada em nível de maior especialidade. Em perspectiva contrária, ADRAGÃO afirma que a compreensão da liberdade religiosa como mera forma especial de manifestação da liberdade de pensamento acaba por viabilizar um flanco de potenciais perigos à sua proteção, dada às especificidades do fenômeno religioso que não podem e não devem ser desconsideradas⁷⁹. No que tange à específica relação entre liberdade de consciência e liberdade religiosa, ADRAGÃO diverge de

⁷⁴ SILVA, José Afonso da – *Comentário contextual à Constituição*. 9ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 91 e 95.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – *Curso de direito constitucional*. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 329.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Curso de direito constitucional*. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 298 e 299.

⁷⁷ *Ibidem*. pp. 356 e ss.

⁷⁸ Equiparando as liberdades de pensamento e de consciência, onde compreende a última também por liberdade de ideias ou crenças, cfr. ORTEGA, Abraham Barrero – *La libertad religiosa en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 98.

⁷⁹ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 511. Da mesma forma, MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 197 e 198, atenta para a especificidade do fenômeno religioso.

grande parte da doutrina ao afirmar que a última constitui pressuposto necessário da primeira, já que esta também é *locus* de proteção de cosmovisões atéias e agnósticas⁸⁰.

Da banda espanhola, ORTEGA se posiciona contra a identificação das liberdades de consciência, ideológica e religiosa a partir de um esquema de continente e conteúdo ou em níveis de derivação, pois, primeiro, considera haver significativas diferenças entre ideologia e religião, motivo pelo qual nega que possam configurar espécies de um mesmo gênero (a liberdade de consciência); segundo, considera que a liberdade de consciência não pode constituir o gênero do qual se originam as liberdades ideológica e religiosa, já que, entendendo a consciência como a faculdade de autodeterminação moral vinculada a juízos ideológicos ou religiosos, não pode vir como elemento de origem; e terceiro, dada a especialidade do fenômeno religioso, considera periclitante uma normativa geral que abarque de forma conjunta e unificada as pretensões ideológicas e religiosas, sob pena de não se alcançar a efetiva realização do direito à liberdade religiosa⁸¹.

Nesse contexto de diferenciação que se está a analisar, releva o conceito de liberdade de “cosmovisão” ou de “visões de mundo” (*Weltanschauungsfreiheit*) da banda doutrinária germânica. Na relação semântica entre “cosmovisão” (*Weltanschauung*) e religião, HOFFMANN salienta a existência de três posicionamentos: a concepção de alternativa (a “cosmovisão” é uma esfera de visões não-religiosas), de especialidade (a religião é a esfera transcendente da “cosmovisão”) e a concepção aberta⁸². Quanto à sua conceituação, HOFFMANN assevera que a “cosmovisão” constitui o conjunto de todas as experiências, percepções e reflexões da “própria subjetividade” que contribuem para o posicionamento do homem no mundo, onde se configura não como “superconceito” (*Oberbegriff*), senão como conceito paralelo ao de religião, um *aliud*, não havendo intersecções entre os mesmos⁸³.

A partir do conceito oferecido por HOFFMANN, poder-se-ia desde já afirmar que, ao menos em termos materiais, as liberdades de opinião, pensamento e de consciência se integram à ideia geral de *Weltanschauung*, eis que todas possuem como objeto a totalidade das experiências, percepções e reflexões que se destinam à autodeterminação posicional do homem

⁸⁰ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 510. O argumento de Adragão parte do entendimento de que, uma vez que a consciência em matéria de religião também pode ser agnóstica ou atéia, faz-se necessário o exercício da liberdade religiosa para que o indivíduo tenha contato e tome ciência acerca das diversas doutrinas religiosas presentes no fluxo social de crenças, para apenas em momento posterior lhe permitir a formação de uma consciência que se posicione pela negativa frente ao fenômeno religioso, motivo pelo qual coloca a liberdade religiosa como liberdade anterior à liberdade de consciência.

⁸¹ ORTEGA, Abraham Barrero – *La libertad religiosa en España*. pp. 99-105.

⁸² HOFFMANN, Patrick – *Die Weltanschauungsfreiheit: Analyse eines Grundrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. pp. 33 e 34.

⁸³ *Ibidem*. p. 320.

perante a realidade em que vive. Já quanto ao fenômeno religioso e seu reflexo jurídico jusfundamental – a liberdade religiosa –, e considerada a clara conexão material com a ideia de “cosmovisão”, poder-se-ia estabelecer uma relação de derivação e especialização, visto que seu objeto é constituído pelas experiências, percepções e reflexões religiosas que se direcionam a explicar e a posicionar o homem no contexto de sua realidade.

Entretanto, e em termos jurídico-dogmáticos, a liberdade religiosa só pode ser protegida de maneira adequada como direito fundamental quando alocada em uma esfera especial de normatividade, razão pela qual se deve trata-la, na esteira de HOFFMANN, como um *aliud* especial à ideia de “cosmovisão”, distinguindo-a das liberdades de pensamento, de opinião e de consciência. Portanto, e correspondendo a essa normatividade específica conferida ao fenômeno religioso, assume-se como correspondente científico e autônomo, a existência de um genuíno Direito Constitucional da religião⁸⁴.

1.3. Conceito de religião no âmbito do Estado Constitucional

Para que se torne possível a adequada compreensão da liberdade religiosa no contexto do Estado Constitucional democrático de direito, impende-se investigar o conceito de “religião” a ser tomado no mister. Ao nível etimológico, NUNES consigna que, dada a origem do termo “religião” – como derivação dos verbos *religare* ou *relegere* –, seu conceito pode ser referenciado como expressão de um vínculo inserto numa relação de causa e efeito entre dois elementos ou como forma de recondução a um poder transcendental-divino⁸⁵. Neste sentido, questionamos: se a noção de religião pressupõe um vínculo ou o reconhecimento de algo superior, de que forma seria adequada a configuração de seu conceito?

Do ponto de vista jurídico-constitucional, a tarefa de conceituação do termo “religião” não se coaduna com vinculações a elementos de ordem material, formal, objetiva e/ou subjetiva, pois decerto engendraria a construção de um conceito restrito, provocando uma inescapável redução em seu espectro de proteção como direito fundamental. Portanto, releva aqui a assunção de um conceito tipológico-aberto, na esteira de Jónatas MACHADO⁸⁶.

⁸⁴ Sobre o conceito de Direito Constitucional da religião, cfr. UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. 3ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015. pp. 23 e ss.

⁸⁵ NUNES, Rosa Dionízio – *Das relações da Igreja com o Estado*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 44.

⁸⁶ Assumindo o conceito proposto por Jónatas Machado, ainda que com pontuais diferenciações, cfr., dentre outros, ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* pp. 405 e ss.; GUERREIRO, Sara – *As Fronteiras da Tolerância: Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 39-43; e WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. pp. 101-108.

De acordo com MACHADO, o conceito jurídico-constitucional adequado de “religião” deve tomar por base os elementos de tipo que integram o fenómeno religioso⁸⁷. Daí, conforme salienta MACHADO, decorrem duas consequências positivas: a primeira, logra alcançar um conceito amplo o suficiente para os fins de proteção do direito fundamental, impedindo assim que, pela via da restrição conceitual, rejeitem-se de chofre manifestações religiosas as mais variadas; e a segunda, retira-se *ab initio* do esquema conceitual aquelas manifestações de simples caráter ideológico, agnóstico e ateu, deslocando-as para outro *locus* de proteção jusfundamental⁸⁸.

Dessarte, parte-se de um conceito que, dada a sua abertura material, capacita o direito fundamental de forma a permitir a operacionalização ótima de sua proteção, conferindo uma extensão subjetiva que possibilita a inserção das mais variadas manifestações religiosas ocorrentes no fluxo social de crenças. E, ainda, em termos teórico-dogmáticos, permite que o direito fundamental à liberdade religiosa seja protegido a partir de um amplo suporte fático e de um alargado âmbito de proteção, elementos indispensáveis ao mister de inclusão e integração no contexto de uma sociedade democrática e pluralista.

⁸⁷ MACHADO, Jónatas E. M. – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 219. Dentre os elementos típicos considerados por Machado, estão a “visão global do mundo”, o “apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extra-racional” e a “consciência subjectiva da existência de um poder sobrenatural ou transcendente”.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 220.

2. DENSIFICAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

2.1. Enquadramento teórico-dogmático

2.1.1. A estrutura normativa

Partindo-se da natureza da liberdade religiosa⁸⁹, torna-se necessário adentrarmos à análise de sua estrutura normativa, havendo duas razões subjacentes a tanto, a primeira, de ordem teórica, conexas à discussão sobre as possíveis formas estruturais assumidas, seja como *regra* ou como *princípio*⁹⁰, e a segunda, de ordem dogmática, conexas às consequências jurídico-constitucionais decorrentes da assunção de uma forma ou outra, eis que isso decerto influenciará nos distintos níveis e formas de proteção do direito⁹¹.

⁸⁹ Ou seja, partindo-se de sua natureza de direito fundamental de liberdade, dado este que informa não apenas a sua adscrição jurídico-constitucional, mas também sua alocação dogmático-substancial, como genuíno (e clássico) direito de liberdade, cuja essência comporta um *non facere* dirigido ao Poder Público, na esteira daquilo que a doutrina germânica há muito tem entendido por *Abwehrrechte* (sobre os direitos fundamentais como direitos de defesa, cfr. SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Freiheit in der Republik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007. pp. 276 e ss.). Sobre os direitos de liberdade, MIRANDA, Jorge – *Direitos fundamentais*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 114, afirma centrar-se seu âmago na existência e proteção de um espaço livre de autodeterminação indisponível ao Estado e a terceiros, daí derivando “direitos de libertação do poder” e “direitos à proteção do poder”. Sobre o direito fundamental à liberdade religiosa como direito de liberdade (*Freiheitsrecht*), HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20ª. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1999. pp. 166 e ss., considera-o como o “pedaço essencial” (*Kernstück*) das chamadas liberdades espirituais, estas indispensáveis ao efetivo desenvolvimento pessoal e à manutenção e garantia de uma “ordem jurídico-fundamental livre e democrática”.

⁹⁰ A distinção entre regras e princípios não se restringe à seara dos direitos fundamentais, indo mais além da teórica e dogmática destes, iniciando-se antes no questionamento normativo-estrutural do Direito em si e dos meios e formas por ele disponibilizados como técnicas de decisão e resolução (com foco nos “casos difíceis”), tal qual suscitado e abordado por DWORKIN, Ronald – *Levando os direitos a sério*. Tradução do original em inglês *Taking Rights Seriously*, por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 35 e ss.

⁹¹ Entendemos que tal distinção é capaz de influenciar os níveis e formas de proteção dos direitos fundamentais pois partimos da concepção semântica de norma jurídica, onde o pressuposto fundamental é de que não há identificação entre texto e norma, relação esta que ainda se torna mais dúctil quando adotamos a separação estrutural entre regras e princípios. Se a norma jurídica extraída para a resolução de determinada situação jurídica não se confunde com a literalidade do texto normativo, mas é com base nele deduzida, não é difícil imaginarmos que se tomarmos por base a existência de uma distinção normativo-estrutural, decerto influenciará nos níveis e formas de proteção e aplicação do conteúdo normativo considerado. Como exemplo, tomemos o direito fundamental à liberdade de expressão (aqui considerado ao nível abstrato), visualizando-o ora como regra (e. g., “é garantida a liberdade de expressão de manifestantes em frente a órgãos do Governo”), ora como princípio (e. g., “é garantida a liberdade de expressão como liberdade indispensável à ordem constitucional democrática”). Na primeira hipótese, a estrutura normativa de regra acaba por constituir um limite estrutural à dedução de sua(s) respectiva(s) norma(s), dado que o arquétipo normativo deve ser o ponto inicial e ao mesmo tempo limítrofe ao labor hermenêutico. Por outro lado, diante da segunda hipótese, dada a sua estrutura dúctil, em especial pela presença de cláusulas e conceitos indeterminados, há uma maior flexibilização e dinamização quanto às possibilidades de extração e dedução de normas jurídicas. Isto posto, não receamos em afirmar, ainda que *in limine*, que os graus e níveis de proteção dos direitos poderão variar de acordo com a sua estrutura, havendo razões para uma maior ou menor proteção em ambos os casos – algo que nos eximiremos de adentrar aqui. Sobre a concepção

No que tange à questão da estrutura normativa, ou seja, ao arquétipo estrutural da norma jurídica, KELSEN a aborda a partir da sua distinção para com o que chama de “proposições jurídicas”, vinculando a existência de consequências jurídicas à primeira, de forma que a semiótica normativa passara a ser visualizada num esquema similar ao da lei da causalidade (imputação), como um enunciado de conteúdo jurídico cuja correspondência fática faria operar determinado conseqüente⁹². Seguindo KELSEN, Karl ENGISCH entende, no pressuposto conceitual de que as normas jurídicas constituem um fator orientado e relacionado a fatos⁹³, que a estrutura normativa é configurada por regras, ou seja, por pressupostos de dever-ser direcionados à estipulação de dadas conseqüências⁹⁴.

Na esteira do pensamento jurídico-positivista – e numa primeira fase de seu pensamento –, HART entende o Direito como um ordenamento social composto, ao menos em grande parte, por “diretivas”, cujos imperativos são garantidos de forma vinculada a elementos de “ameaça”⁹⁵. Entretanto, HART afirma, mesmo após as críticas feitas por DWORKIN ao seu trabalho, que não desconsidera (apesar de confessar que deixara de dar um tratamento mais aprofundado ao assunto) a existência de princípios jurídicos, diferenciando-os, inclusive, das regras jurídicas, com base na ideia de “princípios não conclusivos”, uma vez que entre estes e aquelas haveria, dentre outras, uma distinção no âmbito da dimensão da validade⁹⁶. Ainda sobre o arquétipo normativo-estrutural, LARENZ não deixa de abordar a existência de princípios jurídicos ao expor acerca dos valores no âmbito da dogmática jurídica, entretanto, deixa de reconhecê-los como “regras jurídicas imediatamente aplicáveis” pelo fato de constituírem apenas simples referências axiológicas de fundo do Direito⁹⁷.

Sobre os princípios, DWORKIN inicia sua abordagem traçando uma distinção entre “argumentos de política” e “argumentos de princípio”, ambos como justificações de uma

semântica da norma jurídica, cfr., por todos, MÜLLER, Friedrich – *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 38 e ss.

⁹² KELSEN, Hans – *Teoria pura do direito*. Tradução do original em alemão *Reine Rechtslehre*, de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 80 e 81. Sobre a lei de imputação, cfr. KELSEN, Hans – *Op. Cit.* pp. 86 e ss.

⁹³ Para ENGISCH, Karl – *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução do original em alemão *Einführung in das Juristische Denken*, de João Baptista Machado. 11ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 23, um dos elementos característicos da norma jurídica é a capacidade de retratação de determinado âmbito da vida, conferindo-lhe, assim, uma dada relevância jurídica.

⁹⁴ *Ibidem.* p. 36.

⁹⁵ HART, Herbert L. A. – *O conceito de Direito*. Tradução do original em inglês *The Concept of Law*, de A. Ribeiro Mendes. 6ª. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. pp. 23-31.

⁹⁶ *Ibidem.* pp. 321-325.

⁹⁷ LARENZ, Karl – *Metodologia da ciência do direito*. Tradução do original em alemão *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, de José Lamego. 4ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 370. Não obstante isso, Larenz reconhece a relevância dos princípios no ordenamento jurídico, observando o amplo consenso em torno de sua existência (cfr. p. 316).

argumentação política, sendo o primeiro direcionado à fundamentação de um objetivo ou fim político, e o segundo designado à justificação jurídico-valorativa de uma decisão política⁹⁸. Quanto à distinção entre regras e princípios, DWORKIN suscita alguns elementos de diferenciação no contexto das dimensões de validade e de peso⁹⁹, atitude teórica que NOVAIS entende por separação forte entre ambos os tipos de normas jurídicas¹⁰⁰.

Já no âmbito da teórica e dogmática dos direitos fundamentais, ALEXY, assumindo a distinção entre regras e princípios, elege como *punctum saliens* da diferenciação o elemento qualitativo, baseando-se na caracterização distintiva dos princípios como “mandamentos de otimização”, onde, dada uma situação de colisão, o seu grau de satisfação estaria indexado às condições fático-jurídicas de sua realização, não demandando, num enquadramento de exclusão, a invalidação de um ou de outro, mas sim uma satisfação em maior ou menor grau conforme as respectivas circunstâncias¹⁰¹.

Para além disso, ALEXY assevera que os direitos fundamentais podem se encontrar, em termos normativos, estruturados na forma de regras e princípios, considerando, assim, o “duplo caráter” das respectivas normas¹⁰². BOROWSKI, no que concerne à questão da estrutura normativa dos direitos fundamentais, salienta que tal releva no contexto da ideia de limitabilidade¹⁰³, já que, caso se concluísse pela assunção de uma estrutura única de regras, a possibilidade de oposição das categorias de limites/restrições às normas de direitos fundamentais seria de complexa justificação – levando-se até mesmo à sua negação. Assumindo esse labor investigativo, BOROWSKI conclui que a construção da teórica e dogmática dos direitos fundamentais a partir da assunção normativo-estrutural baseada na distinção entre regras e princípios não apenas permite a reconstrução de um modelo que leve em consideração

⁹⁸ DWORKIN, Ronald – *Levando os direitos a sério*. p. 129.

⁹⁹ Sobre a dimensão de validade, que constitui uma das clássicas distinções apontadas pela doutrina, DWORKIN, Ronald – *Op. Cit.* p. 39, ressalta que a orientação das regras jurídicas funciona conforme um esquema de “tudo ou nada” (*all or nothing*), pois, numa situação de conflituosidade entre regras de comandos contrários, enquanto uma delas será válida, a outra decerto será inválida. No que tange à dimensão de peso, DWORKIN, Ronald – *Op. Cit.* pp. 42 e 43, afirma que as regras não possuem qualquer dimensão de peso, já que “funcionalmente importantes ou desimportantes”, enquanto os princípios possuem uma espécie de relevância tópica, exigindo a consideração de seu peso de fato.

¹⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 326.

¹⁰¹ ALEXY, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução do original em alemão *Theorie der Grundrechte*, de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed., 4ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 90 e 91. Ressalte-se que Alexy não exclui outros critérios de distinção entre regras e princípios, colacionando ainda, dentre os que cita como tradicionais, o critério da generalidade, onde o seu grau seria maior nos princípios do que nas regras (cfr. pp. 86 e 87).

¹⁰² Em verdade, para ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 141-144, o modelo adequado a uma teoria dos direitos fundamentais é aquele que assume o referido “caráter duplo”, onde a norma constitucional é construída (e reconstruída) sob esta dupla faceta, e não apenas, de forma alternativa, como regras ou princípios, principalmente por razões de segurança jurídica.

¹⁰³ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. 3ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018. p. 30.

a dimensão de peso daqueles, mas, em especial, permite o tratamento das relações de colisão no âmbito de uma metodologia de ponderação de valores (*Abwägung*)¹⁰⁴.

Isto posto, consideramos aqui irrefutável a configuração normativo-estrutural do direito fundamental à liberdade religiosa como princípio de ordem jurídico-constitucional, no que passamos a apontar alguns elementos indicativos para tanto. Primeiro, a generalidade com que as disposições jurídico-constitucionais fundamentais são dotadas, assumindo, assim, uma semiótica dúctil e aberta ao nível constitucional ao garantir, ainda que de forma genérica, a “liberdade de crença” ou “liberdade de religião”, carecendo de um efetivo labor hermenêutico para que seu conteúdo seja minimamente densificado¹⁰⁵ ¹⁰⁶; em segundo lugar, as disposições constitucionais que albergam tal direito fundamental assumem um caráter impossível de absolutização, algo que impede, de pronto, a assunção de um modelo de regras baseado num esquema *all or nothing*¹⁰⁷; e terceiro, a satisfação do direito fundamental à liberdade religiosa

¹⁰⁴ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 160. Ainda, dada a importância de tal distinção (entre regras e princípios), Borowski não deixa de reconhecer a sua plausibilidade em outras searas do direito, tal como no Direito Administrativo, no Direito Civil e no Direito Penal (pp. 160 e 161).

¹⁰⁵ A título de exemplo, veja-se as seguintes disposições constitucionais: art. 41.º, n.º 1, Constituição da República Portuguesa de 1976 (“A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”); art. 4.º, n.º 1, Lei Fundamental alemã de 1949 – *Grundgesetz* (“A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de profissão religiosa e mundivisional são invioláveis” – tradução nossa); art. 16, n.º 1, Constituição espanhola de 1978 (“É garantida a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem mais limitações, em suas manifestações, do que a necessária à manutenção da ordem pública protegida pela lei” – tradução nossa); art. 5.º, VI, Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (“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 suas liturgias”); 1.ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (1787) de 1791 (“O Congresso não deve fazer leis quanto ao estabelecimento de uma religião ou que proíbam o seu livre exercício” – tradução nossa); art. 19 da Constituição italiana de 1947 (“Cada um tem o direito de professar livremente sua própria fé religiosa, de qualquer forma, individual ou coletiva, de fazer propaganda por sua fé ou exercer-lhe o culto privado ou em público, contanto que não se trate de ritos contrários aos bons costumes” – texto retirado de CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Tradução de José Tuffani de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003. p. 40).

¹⁰⁶ Interessante notarmos que o próprio ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 87, reconhece, sob a característica da generalidade, a liberdade de crença como direito fundamental constitucionalmente dotado de estrutura principiológica.

¹⁰⁷ Em verdade, a incapacidade de construção de um modelo de direitos fundamentais absolutos ou ilimitados é decorrente de uma exigência sistemática indispensável, qual seja, a de harmonização e equilíbrio de todos os interesses, bens e valores albergados ao nível constitucional pelas disposições de direito fundamental, eis que estes não são passíveis de estruturação no contexto de uma ordenação hierárquico-axiológica (cfr., neste ponto, ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 263 e ss.). No que tange ao direito fundamental à liberdade religiosa, e bem como a qualquer outro direito fundamental, sua limitabilidade e/ou restringibilidade é corolário da imperiosidade de uma adequada, necessária, razoável e proporcional acomodação constitucional no contexto do plexo de direitos fundamentais consagrados, independentemente de sua configuração com ou sem reservas expressas, pois, como reconhece NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 569-572, entender tal necessidade é respeitar as exigências advindas do princípio do Estado de direito. Assim, caso fosse a liberdade religiosa tratada num esquema *all or nothing*, em caso de conflito ou colisão, não comportaria adequações razoáveis em seu âmbito de proteção efetivo, mas apenas valeria ou não valeria na hipótese, o que decerto implicaria numa considerável perda em seu nível de proteção e de garantia, engendrando um risco mesmo à sua existência.

implica a consideração dos dados fáticos e jurídicos subjacentes, constituindo, assim, na esteira de ALEXY, um verdadeiro “mandamento de otimização”¹⁰⁸.

Concordamos com BOROWSKI quando afirma que a categorização principiológica dos direitos fundamentais só pode ser procedida quando se tem em vista determinado sistema jurídico-constitucional *in concreto*¹⁰⁹. Entretanto, o elemento nevrálgico de tal estruturação, para o caso específico da liberdade religiosa, e que nos permite aqui defendê-la também *in abstracto*, reside em sua vinculação substancial a argumentos de valor, numa espécie de reconexão e reaproximação entre o Direito (Constitucional) e o fenômeno religioso¹¹⁰. Assim, a estrutura principiológica do direito fundamental à liberdade religiosa se faz evidente como assunção constitucional aberta de uma liberdade espiritual vinculada ao valor da dignidade da pessoa humana, valor este de relevância inconcussa no Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista.

2.1.2. Arquétipo jurídico-positivo e enquadramento de regime

Em que pesem os distintos enquadramentos constitucionais aplicáveis ao direito fundamental à liberdade religiosa, a sua natureza (direito fundamental de liberdade) e a sua estrutura (princípio jurídico-constitucional) apontam para elementos de base quanto ao seu tratamento, direcionando seu enquadramento (geral) jurídico-positivo ao contexto de um regime jurídico-material e jurídico-processual cuja estruturação é, em essência, composta por garantias condizentes à sua evidente fundamentalidade e indispensabilidade no âmbito do Estado Constitucional de direito.

Como direito de liberdade, em sua essencial formulação de direito de defesa, a liberdade religiosa recebe o tratamento constitucional despendido no âmbito do regime dos “direitos, liberdades e garantias” constitucionais¹¹¹, daí derivando algumas consequências

¹⁰⁸ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 90. De fato, a apreensão e compreensão constitucional, da liberdade religiosa como direito fundamental submetido a um dever de otimização decorre de sua visualização, no dizer de MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 278, como “grandeza variável”, o que decerto influencia na dotação de um amplo âmbito de proteção condizente com a exigência de máxima proteção dos direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional.

¹⁰⁹ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien.* p. 161.

¹¹⁰ Tanto DWORKIN, Ronald – *Op. Cit.* pp. 35 e ss., como ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 144 e ss., ainda que de forma distinta na fundamentação, abordaram a questão da vinculação substancial existente entre princípios e valores como elementos axiológicos.

¹¹¹ Apesar da origem portuguesa da epígrafe (“direitos, liberdades e garantias”), muitos outros textos constitucionais consagram regimes similares em termos estruturais e substanciais. Vejamos alguns enquadramentos constitucionais: na Constituição da República Portuguesa de 1976, encontra-se protegida no contexto do Capítulo I (“Direitos, liberdades e garantias pessoais”) do Título II (“Direitos, liberdades e garantias”); na Constituição espanhola de 1978, encontra-se sob a epígrafe do Capítulo II (“Derechos y libertades”) do Título

dogmáticas, tais como a exigência de lei para que se opere a devida configuração, delimitação e/ou restrições¹¹²; que em caso de leis restritivas, que estas sejam gerais e abstratas; a aplicabilidade imediata de seus preceitos e a vinculação de todas as esferas do Poder Público aos seus mandamentos¹¹³; e que em determinadas configurações constitucionais são erigidos a limites materiais ao poder de revisão constitucional¹¹⁴, sendo vedada também a sua suspensão em casos de “exceção constitucional”¹¹⁵.

Nessa linha, como assevera CANOTILHO, a categoria dos direitos, liberdades e garantias possui em sua composição três elementos fundamentais, quais sejam, a “aplicabilidade imediata”, “determinabilidade constitucional do conteúdo” e “exequibilidade autónoma”, cuja consideração conjunta nos leva a concluir pela natureza funcional de direito fundamental como direito de defesa¹¹⁶. Independentemente da configuração tópico-positiva (ou seja, em cada texto constitucional) que se dê ao mesmo, dá-se aí o enquadramento da liberdade religiosa, eis que direito de liberdade por essência (liberdade do espírito), predicado pela

I (“De los derechos e deberes fundamentales”); e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra-se protegida no âmbito do Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais).

¹¹² Trata-se aqui das chamadas “reservas legais” no âmbito das restrições aos direitos fundamentais, não tomadas apenas como autorização de limitação e/ou restrição, mas antes, no dizer de KREBS, Walter – *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte: Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. p. 24, e seguindo os ensinamentos de Locke, como “exigência constitutiva para a liberdade individual”. No que tange ao direito fundamental à liberdade religiosa, a questão pode suscitar-se aparentemente complexa, uma vez que na maioria de suas configurações constitucionais é albergado sem reservas expressas, o que ao menos em tese nos levaria, numa atitude um tanto imprudente, a entendê-lo como direito fundamental absoluto ou irrestringível. Contudo, e como já tivemos oportunidade de assentar aqui, nenhum direito fundamental pode ser concebido de forma absoluta, no que seguimos a defesa de NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 569 e ss., quanto à existência de uma “reserva geral imanente de ponderação” vinculada a todos direitos fundamentais.

¹¹³ Em que pese a destinação primária dos direitos fundamentais ao Poder Público, não desconsideramos a questão da sua eficácia frente a terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*), no que referenciamos a especificidade (e inovação) do constitucionalismo português ao dispor de forma expressa acerca da vinculação dos particulares na matéria, *ex vi* art. 18º., nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976.

¹¹⁴ Neste sentido, art. 288º., alíneas “c” e “d”, Constituição da República Portuguesa de 1976; sob a ideia de “cláusulas pétreas”, art. 60, §4º., IV, Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

¹¹⁵ Vedando a suspensão de certos direitos, liberdades e garantias, em especial o direito fundamental à liberdade religiosa em casos de decretação de estado de exceção e de estado de sítio, *cfr.*, art.19º., nº. 6, Constituição da República Portuguesa de 1976; art. 55, Constituição espanhola de 1978; art. 136, §1º., I, e art. 139, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed., 2ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 401. Inobstante a identificação com a categoria dos direitos de defesa, Canotilho não deixa de reconhecer que esta faceta não é a única deste tipo de direitos, sendo viável e constitucionalmente possível os direitos, liberdades e garantias originarem direitos a prestações estatais, caso este onde se enquadra o direito fundamental à liberdade religiosa, tal qual analisaremos *infra*. De outra banda, releva consignar o posicionamento de GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Manual de direito constitucional: II – direito constitucional português (parte especial), princípios, direitos fundamentais, organização económica e política, garantia e revisão da constituição*. 6ª. ed., rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2018. p. 966, para quem o elemento forte de identificação da categoria dos “direitos, liberdades e garantias” reside na natureza preceptiva de suas respectivas normas, asseverando que os critérios apontados como comuns, tais como “determinabilidade constitucional”, a “natureza prestativa” ou não do direito e os “destinatários públicos”, não constituem pontos suficientes de distinção.

clássica função de defesa, dotado de aplicabilidade imediata e oponível a todas as esferas do Poder Público (mas também dirigido às relações entre particulares), além de possuir conteúdo constitucional determinável de forma objetiva¹¹⁷.

Sob a ótica das “liberdades essenciais”, CAETANO compreende o “direito à religião” como liberdade vinculada à pessoa humana e direcionada *prima facie* ao Estado, cabendo a este apenas respeitá-lo¹¹⁸. Portanto, é por tal fundamentalidade e essencialidade de conexão com o estrato espiritual da dignidade da pessoa humana que surge a indispensabilidade de conferir-lhe tratamento garantístico específico¹¹⁹, tal qual configurado pela maioria dos textos constitucionais.

Baseando-se no texto da Constituição da República Portuguesa de 1976, MACHADO comenta a inserção sistemática do direito fundamental à liberdade religiosa no âmbito do regime reservado aos “direitos, liberdades e garantias”, no que cita os caracteres normativos que lhes são vinculados, tais como a “determinabilidade substancial a nível constitucional” e a “densidade subjetiva autónoma”¹²⁰. Em verdade, tais caracteres são definidos não apenas de forma positiva e normativa pelos textos constitucionais, mas antes decorrem da própria natureza pré-existente do referido direito¹²¹, uma vez que o objeto último de tal liberdade – a fé religiosa

¹¹⁷ Sobre a característica da “determinabilidade constitucional do conteúdo”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 399 e 400, fala em direitos fundamentais que possuem um sentido objetivo de ordem constitucional, tornando-se independentes, em termos de conteúdo substancial mínimo, do desejo ou direcionamento do trabalho legislativo infraconstitucional. Neste ponto, Canotilho parece seguir a distinção encetada pela doutrina germânica quanto à distinção entre âmbito de proteção *Sachgeprägter* e *Rechtsgeprägter*, uma vez que os direitos de liberdade, e em especial o direito à liberdade religiosa, lidam de forma direta (em sua maioria) com objetos pré-existentes ao próprio Direito, existindo independente de vontade legislativa. Para tal distinção, cfr. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Direitos fundamentais*. Tradução do original em alemão *Staatsrecht: Grundrechte*, de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 119 e 120.

¹¹⁸ CAETANO, Marcello – *Manual de ciência política...*, op. cit. p. 309.

¹¹⁹ Nessa compreensão, ressaltamos o específico tratamento conferido à liberdade religiosa no direito constitucional norte-americano, no contexto das liberdades e garantias individuais da 1ª. Emenda de 1791, em especial como *preferred freedom*, cujo âmago seria (em tese) dotado de um espectro de irrestringibilidade ou ao menos favorecido por uma área de preferência representada pela máxima *in favor libertatis* (cfr. NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 644 e ss.; também, cfr. GOLDBERG, Steven – Cutter and the Preferred Position on the Free Exercise Clause. *William & Marry Bill of Rights Journal*. Virginia: William & Mary Law School. ISSN 1065-8254. Vol. 14, nº. 4 (2006), pp. 1416 e ss.).

¹²⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 198 e 199. Ainda, Machado salienta um elemento específico (de proteção) decorrente do regime aplicado aos direitos, liberdades e garantias, e de suma importância para o direito fundamental à liberdade religiosa, qual seja, a garantia do conteúdo essencial do direito (*ex vi* art. 18º., nº. 3, Constituição da República Portuguesa de 1976), significando uma forma de garantia de um espaço mínimo útil e indispensável ao titular do direito (cfr. p. 199). Para além disso, e como abordaremos *infra*, a garantia do conteúdo essencial ultrapassa as lindes do regime dos direitos, liberdades e garantias, sendo (e devendo ser) aplicado a todo e qualquer direito fundamental como exigência própria de um modelo adequado de teoria e dogmática dos direitos fundamentais.

¹²¹ Eis aí um dos motivos para que se compreenda a liberdade de religião como a primeira de todas as liberdades (*the first freedom of all*), tal qual ressaltado por NOVAK, Michael – *The first of all freedoms is liberty of conscience*. In Daniel N. Robinson; Richard N. Williams. *Religious Liberty: essays on First Amendment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 175, ao asseverar que a liberdade de consciência, na especial

– é contemporâneo ao surgimento da humanidade em si, cabendo ao ordenamento jurídico apenas reconhecê-lo e garanti-lo adequadamente.

2.1.3. Âmbito de proteção e posições jurídico-fundamentais

Para que possamos analisar de forma esmerada o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e suas correspondentes posições jurídico-fundamentais, releva diferenciarmos entre as dimensões existentes em seu plexo de fundamentalidade, as dimensões subjetiva e objetiva.

Como há muito fora investigado pela doutrina germânica¹²², os direitos fundamentais, em especial os direitos de liberdade (caso da liberdade religiosa), possuem uma outra dimensão existencial e funcional para além da clássica subjetividade, operando, com igual força e relevância, uma tração objetiva sobre todo o complexo jurídico-normativo, informando-o e conformando-o com uma série de dados jurídico-fundamentais indispensáveis à sobrevivência do próprio sistema¹²³. A distinção se faz relevante do ponto de vista não apenas teórico-dogmático, mas também no âmbito da *praxis*, eis que de cada dimensão do direito poderão ser

perspectiva da liberdade religiosa, foi a responsável por estender aos demais direitos humanos a característica da inalienabilidade.

¹²² Trata-se do duplo caráter dos direitos fundamentais (*der Doppelcharakter der Grundrechte*), tal qual ressaltado por HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 127. Em termos de diferenciação, HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. pp. 129-136, distingue entre os direitos fundamentais como direitos subjetivos, funcionando aí como “direitos constitucionais fundamentais do indivíduo como homem e como cidadão” (*verfassungsrechtliche Fundamentalrechte der Einzelnen als Mensch und als Bürger* – cfr. p. 129), e como direito objetivo, aí operando como “elementos objetivos do ordenamento” (*Elemente objektiver Ordnung* – cfr. p. 133), posto que cumprem a missão de fundamentar a ordem jurídica da comunidade político-social. Influenciado por uma visão institucional, HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Tradução do original em alemão *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzvorbehalt*, de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003. p. 73, também distingue duas dimensões dos direitos fundamentais, uma subjetiva, de significado individual, e uma institucional, a qual cabe cumprir o múnus objetivo para com a garantia existencial da proteção constitucional de diversos âmbitos fundamentais da vida em comunidade. Para uma visão geral da doutrina germânica na matéria, cfr. NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 57 e ss.

¹²³ Da banda portuguesa, ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. pp. 108 e 109, assevera ser lugar comum na doutrina a compreensão desse duplo caráter/dimensão dos direitos fundamentais, já que a estes não cabe apenas uma função subjetiva, do ponto de vista unilateral do indivíduo, mas lhes sendo também reconhecida uma função objetiva correspondente à sua visão comunitária, onde constituem o plexo de valores, objetivos e metas dirigidos ao Estado. OTERO, Paulo – *Instituições políticas e constitucionais*. Vol. 1. 2ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 525, ainda que não diferencie de forma expressa entre duas dimensões de direitos fundamentais, parece assumi-la ao abordar a questão do “Estado de direitos fundamentais”, reconhecendo a centralidade daqueles no contexto da vida comunitária e a vinculação das atividades estatais à inviolabilidade e efetivação da dignidade da pessoa humana.

deduzidas posições jurídico-fundamentais variadas, notadamente ao considerarmos a dimensão objetivo-institucional¹²⁴.

Em sua dimensão ou faceta subjetiva, enquadra-se o direito fundamental à liberdade religiosa na categoria de “direito subjetivo público”, operando como direito fundamental de cariz individual¹²⁵, conferindo ao seu respectivo titular determinadas faculdades e poderes, como o seu livre exercício, positiva ou negativamente, num espaço de fundamentalidade e de livre decisão no qual não cabe ao Estado interferir. De outro lado, em sua dimensão objetiva, representa a liberdade religiosa um verdadeiro princípio objetivo informador, conformador e limitador das tarefas do Estado e da vida em comunidade, posto que a sua força de elemento de garantia institucional do ordenamento jurídico reforça a relevância do fenômeno religioso para todos os âmbitos da vida conectados a valores albergados ao patamar constitucional¹²⁶. Ainda sobre as respectivas dimensões, ORTEGA centra a diferenciação na distinção entre interesse e valor, considerando que à faceta subjetiva corresponde o significado de reconhecimento e proteção de um interesse constitucionalmente albergado (a fé religiosa), e à faceta objetiva a conotação de um valor constitucional que assumira a forma de “metanorma” do ordenamento jurídico¹²⁷.

¹²⁴ A título de exemplo, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais fala a doutrina nos direitos-pretensão à organização e ao procedimento dirigidos ao Estado, como assenta BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. pp. 445 e ss., sob a ideia do “pensamento da relevância processual dos direitos fundamentais” (*der Gedanke der Verfahrensrelevanz der Grundrechte*).

¹²⁵ Na esteira do que nessa dimensão subjetiva assevera HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 127, ao conferir e garantir ao indivíduo um *status* jurídico-constitucional de proteção (*verfassungsrechtliche Status des Einzelnen*), trata-se, em essência, do reconhecimento, com Jellinek, de um *status libertatis* (cfr. MIRANDA, Jorge – *Direitos fundamentais*. pp. 108-110).

¹²⁶ É neste sentido que RAMÍREZ, José María Porrás – La libertad religiosa como princípio supremo informador de la actuación de los poderes públicos em matéria religiosa. In José María Porrás Ramírez (Coord.). *Derecho de la libertad religiosa*. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016. p. 67, concebe o lado objetivo-institucional da liberdade religiosa, considerando-o elemento ordenador do Direito Eclesiástico espanhol, cujo significado constitui “*pauta directiva de normación jurídica, que entraña, al tiempo, um mandato de optimización y um deber de protección (...)*”.

¹²⁷ ORTEGA, Abraham Barrero – *Op. Cit.* pp. 118 e 119.

Passando à consideração do seu âmbito de proteção (*Schutzbereich*)¹²⁸, tangenciamos a questão do respectivo “suporte fático” (*Tatbestand*)¹²⁹, uma vez que a extensão deste decerto influenciará na extensão daquele, tratando-se de duas grandezas diretamente proporcionais¹³⁰. Dada a necessidade de uma otimizada operacionalidade e efetividade do direito fundamental à liberdade religiosa, tem-se por benfazeja a adoção de um suporte fático e um âmbito de proteção amplos para tal direito, donde partimos de um conceito de religião extenso e adequado à efetiva proteção do direito no contexto do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista (cfr. tópico 1.3.)¹³¹. Nessa esteira, e de acordo com MACHADO, somente assim o discurso acerca do fenômeno religioso poderá ser recebido com a devida extensão necessária à sua proteção constitucional, diferenciando-se assim da restrita concepção teológica intentada sob o manto da *libertas ecclesiae*¹³².

¹²⁸ O âmbito de proteção de um direito fundamental constitui aquela parcela da realidade/facticidade abarcada pela pretensão de dever-ser jusfundamental, parcela essa sobre a qual a norma irá operar seu conteúdo, no que PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Direitos fundamentais*. pp. 115 e 116, falam em “domínios da vida” protegidos. Na esteira de BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 306, faz-se necessária a distinção entre âmbito pessoal de proteção (*personeller Schutzbereich*) e âmbito material de proteção (*sachlicher Schutzbereich*), onde o primeiro corresponde, em essência, aos titulares possíveis do direito, e o segundo à parcela do bem objeto de proteção. Para essa tarefa de diferenciação no contexto do âmbito de proteção, torna-se imprescindível, na esteira de um labor hermenêutico, a consideração dos dados fornecidos pelo programa da norma e pelo seu âmbito explicitado de forma positiva (para um conceito de “âmbito da norma” e “programa da norma”, cfr. MÜLLER, Friedrich – *Métodos de trabalho do direito constitucional*. pp. 42 e ss.). Ainda, MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo – *Curso de direito constitucional*. p. 222, salientam que, na tarefa de identificação do âmbito de proteção de um direito fundamental, torna-se necessária a identificação dos bens jurídicos objeto de proteção deduzíveis da norma, a extensão da respectiva proteção constitucional e a observância de possíveis restrições expressamente consideradas, tais como reservas constitucionais vinculadas ou reservas legais de caráter restritivo.

¹²⁹ O suporte fático de um direito fundamental representa aquela estrutura jurídico-normativa em cujos lindes será determinado fato de um âmbito ou domínio da vida subsumido. Para a teoria dos direitos fundamentais, a adoção de uma teoria externa ou interna de restrições implica na extensão do suporte fático, variando este entre amplo e restrito, conforme os conceitos de bem jurídico protegido e atos/fatos que constituem restrição ou não (cfr. BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 327). Ainda, diferenciando entre conceito abstrato e conceito concreto, SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª. ed., 3ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 67 e 68, aponta que seus elementos componentes são, em essência, aqueles atos e fatos do mundo do “ser” que ao serem preenchidos operacionalizam as consequências jurídicas que lhe estão vinculadas no texto normativo.

¹³⁰ Nessa conexão entre âmbito de proteção e suporte fático, ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 302, releva, em plena coerência com a sua teoria (principiológica) dos direitos fundamentais e com a teoria externa de restrições, que ambos apontam apenas o conteúdo *prima facie* protegido, pois parte de um conceito que inclui a ideia de intervenção como elemento *a posteriori*, alcançando assim uma concepção a princípio ampla dos mesmos.

¹³¹ Eis aqui ponto de elevada importância para os termos da presente investigação. Somente partindo da assunção de um suporte fático e âmbito de proteção alargados poderemos garantir ao menos um mínimo de integração sócio-política indispensável à sobrevivência e manutenção do próprio Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista.

¹³² Para MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 200, trata-se de generalidade idiossincrática do discurso jurídico-constitucional.

Seguindo essa amplitude conceitual de suporte fático e as indicações de ALEXY para a adoção de uma “teoria ampla” neste sentido¹³³, devemos considerar que a construção adequada do referido suporte, quando em vista as disposições constitucionais acerca do direito fundamental à liberdade religiosa¹³⁴, a exemplo do disposto no art. 41º., nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976, deve indispensavelmente abarcar um extenso conceito de “religião” e de “culto”, motivo pelo qual reforçamos a correção da assunção de um conceito tipológico-aberto referenciado *supra* (cfr. tópico 1.3.). Decerto, a adoção de um alargado âmbito de proteção nos levaria à consideração de questões um tanto duvidosas e limítrofes¹³⁵, mas, como ressalta ALEXY, aceitar a amplitude conceitual daquele importa em considerar atos e fatos que gozam de uma proteção apenas *prima facie* (atitude esta decorrente do pensamento de intervenção e limites da teoria externa), desconsiderando-se aí as possíveis restrições que somente depois serão aquilatadas em termos de legitimidade constitucional¹³⁶.

Dessarte, dado o duplo caráter do direito fundamental à liberdade religiosa – facetas subjetiva e objetiva –, seu alargado suporte fático e amplo âmbito de proteção, concordamos com WEINGARTNER NETO ao caracterizá-lo como *cluster right*, na medida em que diversas posições jurídico-fundamentais são dele deduzíveis¹³⁷. Ainda dentro da dimensão subjetiva da liberdade religiosa, importa diferenciarmos entre o seu caráter individual e coletivo, posto que tanto os indivíduos como os entes coletivos podem ser titulares do direito¹³⁸.

¹³³ De acordo com ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 322, para que se construa e adote um amplo suporte fático de direito fundamental, torna-se indispensável a inserção, em seu respectivo âmbito de proteção, de todo elemento e dado que opere em favor de sua proteção.

¹³⁴ Independente do contexto constitucional-textual em que se encontre inserido, a consideração do direito fundamental à liberdade religiosa possui como dados comuns (mínimos) e essenciais as referências aos tipos semânticos “liberdade”, “religião” e “culto” como complexo estruturante do objeto de proteção.

¹³⁵ *Exempli gratia*, estariam abarcados sob o manto da proteção constitucional da liberdade religiosa, dentre outros, o sacrifício de animais como forma de manifestação de ritual, a ingestão de estupefacientes e psicotrópicos como parte de ritos religiosos, e procissões religiosas realizadas em frente a um hospital psiquiátrico?

¹³⁶ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 324, cita, por exemplo, que “uma procissão, mesmo com o risco de epidemia, continua a ser uma prática religiosa (...)”. Ainda (p. 326), chama atenção para o fato de que nem sempre a proteção conferida pela adoção de uma amplitude do suporte fático e do âmbito de proteção alcançam de forma automática uma proteção maior do que a conferida pela assunção de um suporte fático e de um âmbito de proteção restritos, uma vez que a posição de proteção é tão soamente *prima facie*. Entretanto, e aqui reforçamos o argumento na esteira de SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 74 e 75, o elemento da “fundamentação constitucional” é o que diferencia a restrição (constitucionalmente legítima) da violação do direito. Ao nosso ver, a consideração de um âmbito de proteção alargado constitui, de fato, a opção mais escorreita, já que, ao considerar todos os atos e fatos que integram *prima facie* o objeto de proteção do direito, separam, como assinala NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. p. 298, as posições protegidas *prima facie* das posições protegidas em definitivo, e o conteúdo dos respectivos limites, vinculando as restrições à necessidade de justificação constitucional, relegando esta ao controle operado em sede jurisdicional (em especial no contexto da jurisdição constitucional).

¹³⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição*. p. 61. Weingartner, entendendo assim a liberdade religiosa como direito complexo capaz de originar um plexo de posições jurídico-fundamentais, fornece um amplo catálogo sistematizado, cujas posições deduzíveis variam de acordo com a faceta e/ou função operada pelo direito (cfr. pp. 62-67).

¹³⁸ RAMÍREZ, José Maria Porrás – *La libertad religiosa...*, op. cit. pp. 34 e 35.

Dessa forma, do caráter individual da respectiva dimensão subjetiva dessumem-se as posições jurídico-fundamentais relativas à livre escolha e exercício da fé religiosa¹³⁹, podendo manifestá-la e expressá-la de formas diversas, seja pela fala, escrita, mediante símbolos, pelo ensino religioso, por meio de obras artísticas, científicas e literárias, dentre outras, num plexo que constitui o exercício da liberdade religiosa positiva e negativa. Importa salientar que o seu âmbito de proteção abarca também a escolha negativa quanto ao seu exercício, ou seja, a opção pela não adoção e o não exercício de uma fé religiosa, não podendo ser forçado ou coagido (pelo Estado ou por terceiros) a tanto, âmbito no qual UNRUH identifica três faculdades-núcleos de proteção: o direito a não ter e não seguir uma fé, a não se identificar com alguma e/ou não exercê-la por culto¹⁴⁰.

Em seu caráter coletivo, a dimensão subjetiva do direito fundamental à liberdade religiosa direciona-se à estruturação de posições jurídico-fundamentais exercitáveis por entes coletivos – igrejas, confissões e comunidades religiosas¹⁴¹ –, sendo-lhes facultado o exercício das já referidas posições jurídico-individuais (naquilo que couber ao exercício em dimensão coletiva)¹⁴², acrescidos de alguns elementos jusfundamentais que lhes são próprios – como direitos de quilate institucional –, tais como a autonomia institucional e doutrinária em matéria religiosa, naquilo que se pode entender por “direitos subjetivos das pessoas jurídicas”¹⁴³.

Como assevera ADRAGÃO, este caráter coletivo da liberdade religiosa representa um aspecto fundamental de sua estrutura, qual seja, o espectro institucional de sua titularidade, já que “a religião, o grupo religioso é sujeito institucional da liberdade religiosa”¹⁴⁴. Tal faceta

¹³⁹ Trata-se, como reforça MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 220-222, da liberdade de crença, segundo a qual é resguardado um espaço de autodeterminação individual no tocante à escolha da fé religiosa a ser ou não professada, cabendo ao seu titular crer e atuar conforme a sua crença religiosa sem quaisquer intervenções, seja do Estado ou de terceiros, resguardada também a faculdade de mudar de religião e de deixar de tê-la a qualquer momento. Sobre o direito a mudar de religião, cfr. DAVIS, Derek H. – *The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*. *Brigham Young University Law Review*. Utah: J. Reuben Clark Law School. ISSN 0360-151X. Vol. 2002, n.º. 2 (2002), pp. 229 e 230, onde procede a uma análise acerca deste direito no contexto de determinados documentos internacionais.

¹⁴⁰ UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. p. 64.

¹⁴¹ Para os fins da presente investigação, desconsideraremos potenciais diferenciações semânticas quanto aos termos em referência, posto que, assumido aqui o conceito tipológico-aberto de religião, não se coadunaria com tal assunção caso procedêssemos a uma delimitação restritiva e diferenciadora dos mesmos. Creemos que uma possível distinção só tem sentido no âmbito das regras de tratamento organizatório-administrativo, objeto sobre o qual não nos debruçaremos. Portanto, ao longo de todo o texto, faremos referência aos três termos como similares em substância e essência. De toda forma, sobre a questão, cfr. ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* pp. 422-429.

¹⁴² Sobre a possibilidade da titularidade e do exercício coletivo de direitos fundamentais, e diferenciando entre direitos fundamentais de titularidade coletiva e direitos fundamentais de exercício coletivo, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 424 e ss. Neste sentido, salienta MIRANDA, Jorge – *Direitos fundamentais*. p. 140, ser a liberdade de religião um direito de exercício ao mesmo tempo individual e coletivo.

¹⁴³ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 68.

¹⁴⁴ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 423.

coletivo-institucional, apesar de ser, em termos dogmáticos, independente do caráter subjetivo-individual, a ele se encontra conectada em substância, pois a existência de uma instituição nestes termos (igrejas, confissões e comunidades como instituições religiosas) é elemento indispensável ao próprio exercício da liberdade individual, em especial no que tange ao exercício da liberdade de culto.

É de se notar que a positivação das referidas posições jurídico-subjetivas, tanto em caráter individual como coletivo, nem sempre aparecem expressas no texto constitucional, constituindo dados normativos de elaboração legislativa-ordinária, jurisprudencial e científico-doutrinária. Em termos gerais, os textos constitucionais costumam garantir, para além da expressa menção à “liberdade de consciência” (ou “liberdade ideológica”) e à “liberdade de religião e de culto”, alguns reflexos e conexões específicas destas com o princípio da igualdade, com o direito à intimidade e privacidade, e com a liberdade de ensino¹⁴⁵. Entretanto, em outro plano – o infraconstitucional –, costumam as legislações de desenvolvimento consignar de forma expressa os conteúdos abarcados, numa espécie de catálogo de posições decorrentes deste *cluster right*¹⁴⁶. No contexto internacional, inobstante não haver consagração em termos exaustivos de posições jurídicas decorrentes da consagração da liberdade religiosa, alguns documentos procedem a certas especificações, tal como a menção expressa à “liberdade de mudar de religião ou de crença” e a manifestação religiosa por meio do ensino, no que referenciamos o art. 18 da Declaração de Direitos Humanos de 1948¹⁴⁷, o art. 9º, nº. 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950¹⁴⁸, art. 18 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁴⁹, art. 1º. da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções de 1981¹⁵⁰, e o art. 10º, nº. 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000¹⁵¹.

¹⁴⁵ Paradigmáticas nesse sentido são a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978. No tocante às conexões com o princípio isonômico, tanto o texto constitucional português (art. 13º, nº. 2, e art. 41º, nº. 2) quanto o espanhol (art. 14) vedam a concessão de privilégios, isenções e discriminações com base nas opções, convicções e práticas religiosas. Em relação ao direito à intimidade e à privacidade, ambos os textos constitucionais garantem o direito a não ser obrigado, importunado e/ou coagiado a declarar (para autoridades e/ou terceiros) acerca de suas convicções e práticas religiosas, ressalvadas pesquisas para recolha de dados estatísticos (em Portugal, art. 41º, nº. 3; em Espanha, art. 16, nº. 2). Concernente à liberdade de ensino, garantem ambas Constituições (em Portugal, art. 41º, nº. 5; em Espanha, art. 27, nº. 3) o ensino religioso.

¹⁴⁶ Neste sentido, cfr., no âmbito português, do art. 8º. ao 32º., Lei nº. 16/2001 (Lei de Liberdade Religiosa) e no âmbito espanhol, art. 2º. e 3º., Lei Orgânica nº. 7/1980 (Lei Orgânica da Liberdade Religiosa).

¹⁴⁷ *UN General Assembly Resolution A/RES/217(III)*.

¹⁴⁸ As referências à Convenção foram tomadas de BARRETO, Irineu Cabral – *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. 5ª. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015.

¹⁴⁹ *UN General Assembly Resolution n.º. 2.200-A(XXI)*.

¹⁵⁰ *UN General Assembly Resolution n.º. 36/55*.

¹⁵¹ As referências à Carta foram tomadas de SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

De outra banda, a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa traz à baila a sua força normativa como centro gravitacional-constitucional do fator-fenômeno religioso, configurando direito constitucional objetivo da religião numa faceta objetivo-institucional que se ocupa da proteção jurídico-existencial deste âmbito da vida em comunidade. Nesta senda, ORTEGA, com vistas à Constituição espanhola de 1978, ressalta que a liberdade religiosa constitui direito fundamental de cariz objetivo, cujo significado designa uma “decisão axiológica de princípio”¹⁵², numa linha de segmento objetivo que se infiltra por todo o ordenamento jurídico e guia a atuação estatal em todas as suas dimensões.

Como já havíamos observado em relação à dimensão subjetiva, também a faceta objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa comporta posições jurídico-fundamentais (não apenas subjetivas) relevantes ao seu exercício e proteção, senão vejamos. Em primeiro lugar, releva considerarmos algumas consequências teórico-dogmáticas fundamentais decorrentes da assunção da referida faceta objetiva, no que elencamos duas essenciais: a) a função de dever de proteção estatal (*staatliche Schutzpflicht*), a partir da qual os direitos de liberdade desempenham uma função que excede a de direitos de defesa (*Abwehrrechte*)¹⁵³; b) a eficácia de irradiação, a partir da qual se tornam os direitos fundamentais vetores axiológico-objetivos do sistema, conformando preceitos, atos e fatos jurídicos aos seus respectivos conteúdo¹⁵⁴.

Desta feita, observando a função que deve desempenhar como dever de proteção estatal, dessumem-se do direito fundamental à liberdade religiosa posições jurídico-fundamentais objetivas de incontestável relevância, tal como a necessidade de atuação estatal com vistas à proteção individual e coletiva dos respectivos titulares, em especial pelo cumprimento do dever de atuação legislativa dirigido à edição de normas (civis, penais,

¹⁵² ORTEGA, Abraham Barrero – *Op. Cit.* p. 124.

¹⁵³ Sob a concepção de “direitos jurídico-fundamentais de proteção” (*die grundrechtlichen Schutzrechte*), analisa BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 369, a função dos direitos fundamentais que é operacionalizada face à necessidade de proteção do bem jurídico-fundamental contra perigo ou ameaça de terceiros, cuja pretensão é dirigida em face do Estado. Ainda, salienta Borowski que a função de proteção decorre da análise jurídico-dogmática dos preceitos de direito fundamental predicada por um labor hermenêutico semântico-sistemático, não decorrendo de forma direta do texto constitucional. A título de exemplo, e observando o catálogo de direitos fundamentais da *Grundgesetz*, Borowski (cfr. p. 370) afirma que os deveres de proteção são deduzíveis do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (*Menschenwürdeprinzip*), insculpido no art. 1º, nº. 1, segunda frase, e, expressamente, do art. 6º, nº. 4. Extraíndo o dever estatal de proteção da compreensão de monopólio do poder conferido ao Estado, cabendo a este, como exigência constitucional da estatalidade, proteger os cidadãos de atentados e perigos provocados por terceiros, bem como asseverando uma autonomia dogmática desta categoria com relação à função de direitos de defesa, cfr. MAYER, Matthias – *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. pp. 51, 55 e ss.

¹⁵⁴ Assumindo o dever de proteção estatal e o efeito de irradiação como consequências da dimensão objetivo-institucional dos direitos fundamentais, cfr. NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 59-95.

administrativas, dentre outras) materiais e processuais (direitos à organização e ao procedimento). Sobre este ponto, WEINGARTNER se refere à ideia de “proteção dos indivíduos”, “proteção da sociedade civil contra abusos” e a necessidade de “criar condições para que as confissões religiosas desempenhem suas missões”¹⁵⁵.

Nesta senda, sob a análise da liberdade religiosa no contexto da *Grundgesetz* (art. 4º., nº. 1 e 2), PAGELS aponta como possíveis significados da função de proteção estatal: a concretização de um canal protetivo mediante legislação penal e a dedução de deveres estatais direcionados à realização e efetivação (prestacional) fática do direito, fornecendo as condições necessárias à sua concretização¹⁵⁶. Ainda, UNRUH acrescenta a imperiosidade da proteção estatal das minorias religiosas, o dever de proteger a liberdade de exercício de culto religioso contra ameaças de outros cidadãos (inclusive contra as próprias comunidades/confissões religiosas) e a satisfação do dever processual-procedimental de proteção do direito, tarefa essa *a priori* dirigida ao legislador infraconstitucional, mas também vinculante para o Executivo e Poder Judicial¹⁵⁷.

Numa perspectiva complementar, e observado como valor constitucional assumido pela comunidade política¹⁵⁸, a liberdade religiosa opera uma frequência de eficácia radioativa, cuja força bidirecional (centrífuga e centrípeta)¹⁵⁹ nos fornece dados e consequências normativas indispensáveis a todo o ordenamento jurídico-constitucional. Como exemplo, apontamos: a estruturação da relação estatal para com o fenômeno religioso mediante princípios institucionais (princípio da separação, laicidade, princípio da não-confessionalidade e princípio da neutralidade)¹⁶⁰, daí deduzindo-se deveres como o de neutralidade religiosa e de

¹⁵⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 76 (itens 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3).

¹⁵⁶ PAGELS, Carsten – *Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung eines speziellen Freiheitsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. p. 124.

¹⁵⁷ UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. p. 74.

¹⁵⁸ Inobstante PAGELS, Carsten – *Schutz- und förderpflichtrechtliche...*, op. cit. pp. 83-84, chamar atenção para o perigo da compreensão da liberdade religiosa como “valor em si mesmo”, releva a importância deste direito sob a clássica doutrina encetada por *Rudolf Smend* (“Teoria da Integração”, que será abordada *infra*), posto constituir direito fundamental capaz de fundamentar e funcionalizar a integração sócio-política dos cidadãos no “Estado como comunidade de cultura e de valores”. Ao nosso ver, pode-se dessumir desta consideração da liberdade religiosa como valor objetivo do sistema jurídico-constitucional, uma verdadeira “decisão política fundamental”, tal como concebidos os direitos fundamentais por SCHMITT, Carl – *Teoría de la Constitución*. Tradução do original em alemão *Verfassungslehre*, de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editoria, 2011. pp. 60 e 61.

¹⁵⁹ Para um *approach* “físico-científico” do Direito Constitucional, cfr., por todos, TRIBE, Laurence H. – *The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics*. Harvard Law Review. The Harvard Law Review Association. ISSN 0017-811X. Vol. 103, nº. 1 (Novembro 1989), pp. 1-36. Cfr., também, o nosso SOUZA, Rodrigo Oliveira de – Fenomenologia Quântica da Constituição: proatividade normativa, pulsar da realidade e mutação. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Org.). *Os Desafios do Direito do Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2018. pp. 183-218.

¹⁶⁰ Sobre o princípio da separação, TAVARES, André Ramos – *Religião e neutralidade do Estado*. In Valerio de Oliveira Mazzuoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o*

imparcialidade do Estado; a necessidade de consideração positiva do fator religioso, cabendo ao Estado promovê-lo, colaborando e cooperando com as igrejas, comunidades e confissões religiosas quanto à satisfação de finalidades comuns indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade, como as de cunho cultural e histórico¹⁶¹ ¹⁶²; e a consideração do efeito horizontal do direito nas relações entre particulares¹⁶³. No que tange aos princípios institucionais retroreferidos, a respectiva relação de conexão material é configurada de acordo com o modelo de interação adotado por cada Estado quanto ao fenômeno religioso, em especial naquilo que toca à assunção da laicidade. De fato, consideramos que, para uma legítima

século

XXI.

Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 57, o considera elemento constitucional indispensável à subsistência e proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, algo que conduz à benfeita distinção entre duas esferas de poder e de jurisdição, o Estado e a Igreja (aí abarcadas as comunidades e confissões religiosas). Os demais princípios em referência estão imbricados de forma direta na estruturação das relações adequadas ao nível constitucional (em termos de exigências decorrentes do modelo de Estado de direito) entre Estado e igrejas, comunidades e confissões religiosas, constituindo a laicidade mandamento constitucional que reforça a não identificação entre Estado e religião, excluindo a existência de uma religião estatal oficial; a não-confessionalidade uma exigência constitucional dirigida ao Estado para que se abstenha quanto à assunção de uma dada confissão religiosa; e o princípio da neutralidade como vedação à parcialidade estatal em matéria de religião.

¹⁶¹ A questão (um tanto problemática) da promoção do fenômeno religioso por meio de atitudes positivas do Estado, em especial sob o viés da colaboração e/ou cooperação com as igrejas, comunidades e confissões religiosas, possui origem na relevante diferenciação entre “laicidade” e “laicismo”, onde o primeiro designa, como já ressaltado, a atitude de não-identificação e separação institucional entre Estado e religião, inexistindo o acolhimento oficial de um dado segmento religioso, e sendo o segundo o *topos* representante de uma enérgica atitude estatal de negação, desconsideração negativa e assunção niilista do fenômeno religioso, pugnando pela total privatização do mesmo e sua completa exclusão da esfera pública. Neste sentido, RAMÍREZ, José Maria Porras – *La libertad religiosa...*, op. cit. pp. 73 e ss., analisa o princípio da laicidade no contexto da polarização entre “laicidade positiva” e “laicidade negativa”, constituindo a primeira uma compreensão aberta do fenômeno religioso e a segunda uma identificação com o ideal laicista. No tocante ao laicismo, ressaltamos aqui o exemplo francês de relações Estado-Igrejas (para tanto, cfr. ESPIGA, Arturo Calvo – *El ejercicio de la libertad religiosa en el derecho comparado*. In Miguel A. Asensio Sánchez; Arturo Calvo Espiga; Marina Meléndez-Valdés Navas; José A. Parody Navarro. *Derecho, consciencia y libertad religiosa: derecho y factor religioso*. 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 2015. pp. 80-83).

¹⁶² No que tange à colaboração e cooperação do Estado para com as igrejas, confissões e comunidades religiosas, interessante notarmos que poucos textos constitucionais acolheram a ideia de forma expressa, donde referenciamos o art. 16, nº. 3, Constituição espanhola de 1978; art. 140, *Grundgesetz*, por meio do qual vige a prescrição do art. 138, nº. 1 e 2, Constituição da República de Weimar de 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*), aventando a viabilidade de prestações estatais (*Staatsleistungen*), daí extraindo-se, por exemplo, a possibilidade de apoio financeiro estatal às igrejas, comunidades e confissões religiosas (cfr. UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. pp. 306 e 307); e art. 19, I, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“colaboração de interesse público”). Em termos de fundamento e caracterização, entende ORTEGA, Abraham Barrero – *La libertad religiosa en España*. p. 313, a cooperação como decorrência da “valoração positiva do fato religioso” e como “valoração democrática dos grupos sociais”, ressaltando, ainda, a sua completa subordinação, como limites, aos mandamentos constitucionais da igual liberdade religiosa e da laicidade estatal. Quanto aos respectivos limites de tal colaboração e cooperação, RAMÍREZ, José Maria Porras – *La libertad religiosa...*, op. cit. p. 109, cita como excessos aquelas relações entre Estado e religião que transbordam para o *locus* do financiamento estatal direto de igrejas, comunidades e confissões religiosas, bem como em situações de patente privilégio fiscal, atitudes estas por decerto violadoras dos mandamentos de igual liberdade e dignidade. Independente de menção constitucional expressa à colaboração e/ou cooperação estatal para com as igrejas, comunidades e confissões religiosas, consigne-se que as relações positivas entre Estado e religião costumam ser estruturadas por meio de acordos e/ou pactos, standando a viabilidade destes por vezes de certos dispositivos constitucionais (art. 8º, Constituição italiana de 1947), vezes de legislação infraconstitucional desenvolvidora e reguladora do direito fundamental à liberdade religiosa (em Portugal, art. 5º, art. 45º e ss., Lei nº. 16/2001; em Espanha, art. 7º, Lei Orgânica nº. 7/1980).

¹⁶³ Sobre a eficácia nas relações entre particulares, ver tópico 2.1.4.

adequação ao arquétipo do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista, a declaração de laicidade se faz indispensável à efetiva proteção da liberdade religiosa, só assim sendo capaz também de garantir um pluralismo religioso adequado em termos sociais e políticos, e desejável ao nível da proteção constitucional¹⁶⁴. Conquanto, há que se consignar que são poucos os textos constitucionais que declaram a laicidade estatal de forma literal¹⁶⁵, decorrendo este princípio, na maior parte dos casos, da análise da dimensão objetivo-institucional do direito fundamental à liberdade religiosa, bem como da própria sistemática constitucional.

Por exemplo, a Constituição da República Portuguesa de 1976 não declara, por via expressa, o princípio da laicidade, consignando apenas a separação entre Estado, igrejas, comunidades e confissões religiosas (art. 41º, nº. 4), que, não obstante, já fornece significado constitucional suficiente para concluirmos que a jurisdição estatal e a jurisdição eclesiástica não se misturam e não se confundem, naquilo que MACHADO entende por “diferenciação institucional entre o aparelho estadual e as confissões religiosas”¹⁶⁶. Portanto, a laicidade estatal decorre do próprio sistema constitucional português, constituindo princípio implícito¹⁶⁷. Quanto aos demais princípios – não confessionalidade e neutralidade –, constituem dados

¹⁶⁴ De todo modo, impende notarmos que, por mais contraditório que possa parecer e ainda que não seja um modelo desejável, a assunção de uma religião oficial pelo Estado ou a menção privilegiada de determinada religião (caso das igrejas consideradas “nacionais”) no texto constitucional não impede a consagração constitucional (formal ou material) da liberdade de religião, tal como ocorre na Dinamarca, Noruega, Finlândia, Inglaterra e na Grécia (cfr. art. 3º e 13 da Constituição da Grécia de 1975), como noticia ESPIGA, Arturo Calvo – *El ejercicio de la libertad religiosa...*, op. cit. pp. 69-73.

¹⁶⁵ Declarando a laicidade do Estado de forma expressa, referenciamos o art. 1º. da Constituição da França de 1958 e o art. 14, nº. 1, da Constituição da Federação da Rússia de 1993 (traduções consultadas em CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Tradução de José Tuffani de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003. pp. 181 e ss., 219 e ss.). Assumindo a laicidade, mas com a linguagem constitucional do “não estabelecimento” ou do “não endosso”, cfr. 1.ª Emenda (1791) à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, art. 19, I, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o art. 5º., Constituição da República do Uruguai de 1967. Dessumindo-se a declaração de laicidade a partir da vedação de concessão de caráter estatal às igrejas, comunidades e confissões religiosas, cfr., especialmente, o art. 16, nº. 2, Constituição espanhola de 1978 e o art. 137, nº. 1, Constituição de Weimar de 1919, cuja validade se encontra nos termos do art. 140, *Grundgesetz*. No texto constitucional espanhol, assevera ORTEGA, Abraham Barrero – *La libertad religiosa en España*. p. 256, que, inobstante não constar declaração expressa do termo “laicidade”, tanto o princípio da laicidade, como os da aconfessionalidade e neutralidade podem ser deduzidos daquele dispositivo constitucional. Interessante notarmos que esta cláusula de vedação do caráter estatal às igrejas, comunidades e confissões religiosas, apesar de seu forte significado constitucional no que tange às relações entre Estado e religião, e de também a consideramos relevante para a proteção da liberdade religiosa, nem sempre constitui dado constitucional indispensável à caracterização da laicidade, no que referenciamos o específico caso alemão, onde há a possibilidade de igrejas, comunidades e confissões religiosas adquirirem personalidade jurídica como “corporações de direito público” (*Körperschaftsstatus des öffentlichen Rechts* – art. 137, nº. 5, Constituição de Weimar de 1919 de validade conferida pelo art. 140, *Grundgesetz*). Sobre esta possibilidade, e afirmando que as igrejas, comunidades e confissões religiosas, ao adquirirem tal *status*, não passam a fazer parte do Estado, não recebem a estrutura organizacional do Estado e nem estão sujeitas à fiscalização estatal, cfr. UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. pp. 175-177 (especialmente p. 176).

¹⁶⁶ MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 358.

¹⁶⁷ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 434.

normativo-constitucionais deduzíveis do princípio da laicidade, esteja este abarcado de forma expressa ou implícita no texto constitucional.

Sobre a ideia de eficácia de irradiação, parte-se da consideração do direito fundamental à liberdade religiosa (em dimensão objetiva) como relevante garantia institucional¹⁶⁸, protegendo (em termos neutros e imparciais) o fenômeno religioso como elemento estruturante do próprio ordenamento jurídico-constitucional de uma sociedade democrática e pluralista. CANOTILHO reforça a conexão entre as garantias institucionais e as normas constitucionais de direito fundamental que consagram posições jurídico-fundamentais subjetivas sob o duplo caráter dos direitos fundamentais, relevando o fato de que, diante de tal compreensão, é viável a existência de normas que consagrem ao mesmo tempo direitos fundamentais e garantias institucionais, exemplificando, no contexto da Constituição da República Portuguesa de 1976, o direito de constituir família (art. 36º, nº. 1) e a proteção conferida à família como um instituto em si (art. 67º), bem como o direito de liberdade de imprensa e a garantia institucional da imprensa livre (art. 38º)¹⁶⁹. Nessa toada, MARTINS relembra, com SCHMITT, que as garantias institucionais podem surgir ou ser operacionalizadas no contexto de normas constitucionais consagradoras de posições jurídico-subjetivas, sendo necessária para sua existência apenas que possam ser deduzidas da dimensão objetiva¹⁷⁰.

Por óbvio que as normas constitucionais que consagram a liberdade religiosa conferem, como visto, posições subjetivas jurídico-fundamentais, mas, como temos reforçado, decorre também de sua estrutura principiológica uma dimensão objetiva, cuja irradiação normativa e objetivo-axiológica nos remete à figura das garantias institucionais. Trata-se de uma proteção em termos de estruturação constitucional mínima do fator religioso e de suas possíveis relações com o Estado no contexto do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista, vedando ao legislador ordinário a sua supressão ou desconfiguração.

Analisando essa função de garantia institucional, PAGELS compreende, a partir de uma leitura crítica e restritiva da norma constitucional que garante a liberdade religiosa (art. 4º., nº. 1 e 2, *Grundgesetz*), que tal visão objetivo-institucional só seria viável a partir das garantias de autodeterminação e auto-organização das comunidades religiosas (resguardadas pelo art. 140),

¹⁶⁸ De acordo com SCHMITT, Carl – *Teoría de la Constitución*. pp. 231 e 232, deve-se separar a figura dos direitos fundamentais das garantias institucionais, funcionando as últimas como a proteção de um instituto em si, significando a vedação quanto à sua supressão dirigida ao legislador ordinário. Na esteira de Schmitt, MARTINS, Maria d'Oliveira – *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 32 e 33, salienta a compreensão de que as garantias institucionais não operam a concessão de posições jurídico-fundamentais, mas sim um sentido objetivo para o ordenamento.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 397.

¹⁷⁰ MARTINS, Maria d'Oliveira – *Contributo para a compreensão...*, op. cit. p. 36.

sendo difícil a sua dedução apenas daquele caráter subjetivo-individual preceituado no referido dispositivo constitucional¹⁷¹. De todo modo, considera que, mesmo da leitura da norma do art. 4º, nº. 1 e 2, *Grundgesetz*, a possibilidade de compreensão institucional decorre da consideração dessa liberdade como garantia de um âmbito social de vida resguardado ao nível jurídico-constitucional¹⁷².

Aqui, o que releva retermos é que a perspectiva institucional do direito fundamental à liberdade religiosa se arvora em garantia constitucional que ultrapassa a mera função negativa de defesa, constituindo, em sua totalidade, um *cluster right* que irriga normativamente todo o ordenamento jurídico-constitucional da comunidade estatal e da sociedade democrática e pluralista. Sua estrutura principiológica, sua natureza e seu âmbito de proteção (e suporte fático) alargado operam em vista das exigências do Estado Constitucional democrático de direito, funcionalizando a proteção garantística jusfundamental em prol de um ambiente inclusivo e de efetiva integração sócio-política.

2.1.4. Eficácia vertical e horizontal (efeitos nas relações entre particulares)

Em primeiro lugar, para que possamos compreender a questão aqui aventada (as possibilidades normativas de eficácia do direito fundamental à liberdade religiosa), há que se ter como *background* teórico-dogmático a força normativa da Constituição, pois é daí que passamos a visualizar os direitos fundamentais como elementos dotados de plena normatividade, e não mais como simples declarações político-programáticas.

Contrapondo-se a LASSALLE¹⁷³, KONRAD HESSE enxerga nas Constituições um verdadeiro repositório jurídico-normativo dotado de capacidade proativa, cujos preceitos possuem força suficiente para se impor na esfera dos fatos, almodando-os (a esfera do mundo do ser) às suas pretensões de dever-ser¹⁷⁴. Ainda que divergindo de HESSE em dado ponto,

¹⁷¹ PAGELS, Carsten – *Schutz- und förderpflichtrechtliche...*, op. cit. pp. 99-102.

¹⁷² *Ibidem.* p. 100.

¹⁷³ LASSALLE, Ferdinand – *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 18, discorre sobre os elementos de composição daquilo que se deve, ao seu entender, ser uma Constituição, asseverando ser composta pela “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”. Por fim, conclui Lassalle que a ideia de Constituição jurídica se resume a uma mera “folha de papel”, pois, ao contrário da “constituição real e verdadeira”, a qual leva em seu bojo estrutural os ditos “fatores reais do poder”, aquela constitui apenas um documento escrito (cfr. pp. 27-30). Em verdade, o que subjaz à compreensão de Lassalle é que um documento escrito, tal qual o entende como aquele que estabelece “todas as instituições e princípios do governo vigente” (cfr. p. 30), não é capaz *per se* operar algum tipo de transformação jurídico-política se não for abalizado pelos “fatores reais do poder”, ou seja, por aqueles elementos sócio-políticos e fáticos da sociedade que a conformam dia a dia.

¹⁷⁴ Para HESSE, Konrad – *A força normativa da Constituição*. Tradução do original em alemão *Die normative Kraft der Verfassung*, de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. pp. 13-15, a Constituição se encontra vinculada à realidade fático-histórica subjacente, devendo com ela interagir por razões

CANOTILHO também reconhece, sob o *topos* da “constituição dirigente”, a capacidade diretiva e atuante do Direito Constitucional¹⁷⁵.

É justamente sob este pano de fundo teórico que HESSE extrai da disposição do art. 1º, nº. 3, *Grundgesetz*¹⁷⁶, a natureza dos direitos fundamentais como “princípios da estatalidade jurídica” (*Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit*), vinculantes para todas as dimensões do Poder Público¹⁷⁷. Decerto influenciados pela experiência constitucional alemã, alguns documentos constitucionais produto de processos de redemocratização assumiram essa linguagem da aplicabilidade imediata e da vinculação jurídica dos direitos fundamentais, arvorando-se em evidente discurso de normatividade frente ao Poder Público¹⁷⁸.

Em geral, ao abordarem a questão, os textos constitucionais assumem a linguagem da “aplicabilidade” e da “vinculação”, onde o primeiro vocábulo designa, quando comungado com o predicado da “imediatividade” ou com o termo “direta”, a capacidade e potencialidade jurídico-normativa de adequação condicionada das normas deduzíveis do texto normativo à realidade subjacente ao âmbito e ao programa da norma, enquanto o segundo estabelece a indispensabilidade da adequação formal e material dos atos do Poder Público aos direitos fundamentais. Mais do que uma capacidade de enquadramento direto de situações fáticas a preceitos de direitos fundamentais, a ideia de aplicabilidade possui antes um significado jurídico-institucional, eis que quer atestar a incondicionalidade da norma de direito fundamental face à legislação de desenvolvimento ou densificação infraconstitucional, impedindo que suposta omissão (intencional ou não) do legislador ordinário impeça a operacionalização do direito resguardado¹⁷⁹. E naquilo que concerne à vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais, acresça-se, também como fundamento, a própria função (clássica) de direitos de defesa (*Abwehrrechte*) inerente aos direitos de liberdade – tal qual a liberdade religiosa –, posto

de eficácia e efetividade numa espécie de “condicionamento recíproco”. Entretanto – eis aí o ponto crucial de sua tese –, Hesse considera que as normas constitucionais possuem *per se* a pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) capaz de “imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (cfr. p. 15), uma vez que sua vinculação à esfera do ser não se confunde com sua natureza autônoma de elemento de dever-ser.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. pp. 27-30. No ponto em que diverge de Konrad Hesse, Canotilho (pp. 119 e 120) parte da ideia de normatividade constitucional como elemento diretivo *pro futuro*, abarcando assim os significantes “tarefa” e “esboço programático”.

¹⁷⁶ “*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*”. (“Os seguintes direitos fundamentais vinculam o legislador, o poder executivo e a jurisprudência como direito imediatamente aplicável” – tradução nossa).

¹⁷⁷ HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 134.

¹⁷⁸ Assim, referenciamos o art. 18º, nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976, o art. 53, nº. 1, Constituição espanhola de 1978 e o art. 5º, §1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁷⁹ É sob este fundamento que ALEXANDRINO, José Melo – *Direitos fundamentais*. 2ª. ed. rev. e atual. Cascais: Principia, 2011. p. 93, entende esta característica como distintiva do regime dos “direitos, liberdades e garantias”, diferenciando-os daquelas normas de direito fundamental e de outras normas constitucionais que possuam uma natureza de ação *pro futuro* e/ou programáticas.

que assumidos, na origem, como pretensões jurídico-negativas opostas ao Estado, sendo lógico o seu enquadramento no âmbito do regime de aplicabilidade direta/imediata inerente à categoria dos “direitos, liberdades e garantias”¹⁸⁰.

Ao fim e ao cabo, a linguagem da aplicabilidade direta/imediata – e até mesmo a da vinculação¹⁸¹ – passou ao discurso constitucional da eficácia direta/imediata¹⁸², significando assim a oposição dos direitos fundamentais em face do Estado e das respectivas esferas do Poder Público, naquilo que se tem entendido por eficácia vertical¹⁸³ dos direitos fundamentais. Assim, no que tange ao direito fundamental à liberdade religiosa – direito de liberdade por essência –, tem-se por indubitável que seus conteúdos (posições jurídico-normativas oriundas da dimensão subjetiva) são dirigidos, em primeiro lugar, ao Estado, como pretensões exigíveis de forma direta e sem intermediações legislativas (aplicabilidade direta/imediata) e vinculantes em forma e em substância para todas as esferas do Poder Público. Porém, como deve se desenvolver a liberdade religiosa, em termos de aplicabilidade e de vinculação, no âmbito das relações entre particulares? Tratar-se-á, ainda, de direito dotado de eficácia direta?

Partindo-se da originária função de defesa dos direitos fundamentais, a princípio a vinculação direta e aplicabilidade imediata dos particulares seria impossível, não apenas por razões substantivas¹⁸⁴, mas também jurídico-processuais¹⁸⁵. Entretanto, alguns textos

¹⁸⁰ Constatação essa que não afasta dois elementos dogmáticos fundamentais, em cuja discussão não adentraremos: a força normativa das normas de direitos fundamentais que consagram direitos de cunho social, econômico e cultural, e a quantização da normatividade dos direitos de liberdade quando vinculados a reservas legais expressas.

¹⁸¹ Destacamos o elemento da vinculação pelo fato de se tratar de consequência da própria força normativa operante dos direitos fundamentais, e não uma capacidade de aplicação (aplicabilidade) condicionada de outros dados normativos, fato pelo qual os direitos de cunho social também vinculam juridicamente o Poder Público, mas submetem-se, dentre outros, a uma reserva de possibilidades financeira e política. Entretanto, a doutrina costuma tratar o tema da “eficácia” direta/imediata incluindo em seu conceito a questão da vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais.

¹⁸² Tratando-as como “fenômenos conexos”, SILVA, José Afonso – *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª. ed., 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 51 e 59, entende a aplicabilidade como “possibilidade de aplicação” de uma norma de acordo com a sua eficácia, constituindo esta a potencialidade para a produção de efeitos. De outra banda, e divergindo deste Autor, SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 201 e 211, compreende a inexistência de uma relação de pressuposição entre tais fenômenos, uma vez que se tratam de elementos pertencentes a planos distintos, onde a ideia de aplicabilidade envolve uma “dimensão fática” que não se encontra integrada ao conceito de eficácia. Em que pesem os divergentes entendimentos doutrinários – nos quais não nos aprofundaremos aqui –, o que importa reter é que o elemento da aplicabilidade no contexto dos direitos de liberdade passou a ser tratado no plano da eficácia.

¹⁸³ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. 1287; e HUPSEL, Francisco – *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 43.

¹⁸⁴ As duas principais razões substantivas para sua oposição seriam: a suposta relativização do princípio da autonomia individual, estreitando a conformação da vontade nas relações entre particulares aos desígnios dos conteúdos de direito fundamental, e uma possível perda de autonomia do Direito Constitucional ao se ver infiltrado por questões de direito privado, numa espécie de processo de privatização. Para tanto, cfr. SILVA, Virgílio Afonso da – *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 71-74; também, HUPSEL, Francisco – *Autonomia privada...*, op. cit. p. 48.

¹⁸⁵ Em termos jurídico-processuais, tal poderia levar à exaustão da própria jurisdição constitucional, já que todo e qualquer caso de direito privado poderia se transformar em questão de direitos fundamentais, tal como observado

constitucionais solucionaram a questão, pelo menos em tese, ao preceituarem a vinculação e aplicação dos direitos fundamentais face a particulares, tal como o art. 18º, nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976 e o art. 9, nº. 1, Constituição espanhola de 1978. Conquanto, os referidos textos constitucionais não fornecem resposta à questão operacional dessa vinculação, a fim de se saber se a aplicação deve ser direta nos moldes das relações verticais entre indivíduos e Estado¹⁸⁶, no que VIEIRA DE ANDRADE assenta não ser o texto constitucional português ponto de partida a oferecer resposta na matéria, em especial no que tange ao grau dessa vinculação¹⁸⁷.

À guisa de solução, com relação à eficácia horizontal (nas relações horizontais entre particulares), tem-se adotado a tese germânica¹⁸⁸ da eficácia frente a terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*) que se tem aplicado, vezes de forma mediata/indireta (*mittelbare Drittwirkung*), por vezes imediata/direta (*unmittelbare Drittwirkung*) sob dadas circunstâncias fáctico-jurídicas¹⁸⁹. De toda forma, concordamos com PÉREZ LUÑO ao entender que seria um contrassenso não fazer valer os direitos fundamentais – principalmente alguns tão caros ao indivíduo, tal qual a liberdade de expressão e a liberdade religiosa – nas relações entre particulares tão somente por se tratar de uma relação distinta em termos qualitativos das que se estabelecem para com o Estado¹⁹⁰.

Anotados estes pontos, faz-se incontestável a eficácia do direito fundamental à liberdade religiosa nas relações entre particulares, não apenas em razão da adequação teórico-dogmática à tese da *Drittwirkung*, mas pela sua específica natureza e justificação jusfilosófica como liberdade do espírito (*geistige Freiheit*)¹⁹¹, exigindo-se, na esteira de MACHADO, uma adequada ponderação entre autonomia privada e este direito¹⁹². Não se concebesse tal

por CANARIS, Claus-Wilhelm – *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução do original em alemão *Grundrechte und Privatrecht*, de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 44-47 e 53.

¹⁸⁶ Importa notarmos que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de toda forma, envolve apenas a investigação sobre o elemento do grau/nível da aplicação e vinculação, pois, como bem chama atenção CANARIS, Claus-Wilhelm – *Op. Cit.* pp. 54 e 55, os direitos fundamentais possuem vigência inconcussável nestas relações.

¹⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. pp. 241 e 242.

¹⁸⁸ Para tanto, cfr. HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. pp. 156-160.

¹⁸⁹ Por exemplo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 445 e 1286, assevera que o tratamento do problema deve se dar pela adoção da *Drittwirkung*, mas assume que o ideal é que se alcancem soluções diferenciadas, em especial quando em vista situações de periculosidade, em termos de evidente desigualdade, provocadas por poderes privados tão ameaçadores (ou mesmo mais) quanto o Estado (cfr. p. 1293). Em sentido contrário, e adotando como critério normativo a proteção do princípio da liberdade e da autonomia privada, cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. pp. 254-262.

¹⁹⁰ LUÑO, Antonio E. Pérez – *Los derechos fundamentales*. 11ª. ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 19.

¹⁹¹ HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 166.

¹⁹² MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 253.

possibilidade, quedar-se-ia a liberdade religiosa ao livre talante de relações estigmatizadas pela excessiva desigualdade das partes, cuja hipótese de maior expressão ocorre quando uma delas é detentora de evidente poder (econômico). Neste sentido, há dois aspectos a serem ressaltados no âmbito desta eficácia frente a terceiros: primeiro, a configuração do dever de respeito e tolerância entre os indivíduos nas suas relações *inter partes*, cabendo a cada qual não coagir, discriminar¹⁹³ e/ou violar direitos alheios em razão de crença religiosa; e segundo, a configuração do dever de acomodação religiosa, com relevo no âmbito das relações laborais.

Quanto ao primeiro aspecto, trata-se de um dever jurídico, cujo fundamento remonta ao próprio *leit motiv* jusfilosófico e ético-filosófico da autonomia individual e da moral, com notório fundamento em KANT, onde o dever de não lesar outrem (máxima *neminem laedere*) encontra-se fundado na obrigação humana de servir o outro como se estivesse servindo a si mesmo, respeitando-o como pessoa, e não como objeto ou simples meio para um objetivo próprio¹⁹⁴. No sentido do dever de tolerância, MACHADO o aborda sob a ideia de “dever de respeito pela dignidade e pela personalidade dos outros”, ressaltando sempre que esta atitude de conformação respeitosa para com o direito (à liberdade religiosa) de terceiros não deve nunca se transformar em um grave ônus ou profunda sobrecarga, devendo a todo momento observar-se a exigência constitucional de igual liberdade e dignidade de todos¹⁹⁵.

De especial relevância neste âmbito, citamos a margem de atuação proselitista¹⁹⁶, as relações familiares e as relações entre fiéis no interior das próprias confissões religiosas. No contexto relacional familiar, não é difícil imaginarmos que o ponto onde se suscitam questões mais sensíveis está na educação religiosa dos filhos menores, posto que, naquilo que concerne aos filhos maiores e ao próprio relacionamento entre cônjuges, o mero cumprimento dos referidos deveres de respeito e tolerância *per se* é capaz de evitar violações à liberdade religiosa

¹⁹³ Consigne-se o específico posicionamento de ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. pp. 258 e 259, para quem é viável, no contexto das relações entre particulares (assumidas por ele como “relações com os seus semelhantes”), a existência de arbitrariedades, desde que estas não se convoem ou configurem discriminações atentatórias à dignidade da pessoa humana, como a violação dos direitos de personalidade. É neste sentido que MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 274, considera ser viável a existência de práticas discriminatórias e segregacionistas no âmbito interno do tratamento entre fiéis e igrejas, comunidades e/ou confissões religiosas, uma vez se tratar de assunto pertencente à autodeterminação teológico-dogmática de cada instituição.

¹⁹⁴ Assim, para KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*. p. 392: “(...) o dever de respeitar o próximo está contido na máxima de não degradar nenhum outro homem convertendo-o em mero meio para os meus fins (não exigir que o outro renuncie a si mesmo para se escravizar aos meus fins)”. Como fundamento anterior, Kant ainda assevera, indicando a “lei universal do Direito” (p. 44): “(...) age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.

¹⁹⁵ MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 255 e 257. Ademais, Machado (cfr. pp. 255 e 256) atenta para a diferença substancial existente entre a tolerância de que aqui se fala e aquela atitude de obnubilado menosprezo e pormenorização praticada em séculos de história e luta religiosas sob as vestes da *libertas ecclesiae*.

¹⁹⁶ Cfr. tópico 3.1.

de cada qual, desde que cada um compreenda um ao outro como indivíduo dotado de igual liberdade e dignidade.

Sobre a educação religiosa dos filhos menores, e partindo-se de dados constitucionais comuns relacionados não apenas ao direito e dever de educação dos pais para com seus filhos, na forma específica do direito à educa-los, no âmbito religioso, de acordo com a sua livre e desimpedida vontade e decisão, caberá exclusivamente aos mesmos (se for o caso, seus tutores) decidir sobre o doutrinamento religioso que lhes for mais adequado (em geral, a própria religião professada pelos pais)¹⁹⁷. Ponto comum, a legislação ordinária que toca a matéria estipula a idade mínima de dezesseis anos para que os filhos possam exercer, de forma livre e independente, o direito de escolha quanto à questão de qual religião pretende ou quer professar, ou até mesmo professar nenhuma, exercendo a sua liberdade religiosa de cariz negativo¹⁹⁸. Conquanto, nem sempre a estipulação etária por via legislativa pode ao certo corresponder à realidade psíquica da criança ou adolescente, podendo de fato ser maduro o suficiente para a tomada de decisão na matéria antes mesmo da idade em que o exercício do direito lhe é assegurado, exigindo-se sempre a análise tópica da hipótese considerada¹⁹⁹.

Aqui, a questão crucial é que os deveres de respeito e de tolerância devem ser exercidos mesmo quando assegurado o direito dos pais em termos de educação religiosa, tendo o filho menor atingido a idade constante de lei ou não, já que em todo caso não devem (e não podem) os pais proceder a tal educação em forma de doutrinamento religioso coativo, afluivo e degradante, situação esta que legitima a intervenção estatal a fim de que se assegure e proteja a igual liberdade e dignidade dos filhos educandos. Destarte, trata-se de um conflito de direitos fundamentais a ser aquilutado por intermédio de um adequado processo de mútua cedência no

¹⁹⁷ O direito e dever dos pais quanto à educação dos filhos é dado comum do constitucionalismo do pós-guerra, por vezes sendo mencionada a educação religiosa, e quando omissa no texto, a dessume-se do preceito geral sobre a educação. A título de exemplo, cfr. art. 68º, nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976 (fala apenas em direito e dever geral de educação dos pais para com seus filhos), art. 27, nº. 3, Constituição espanhola de 1978, art. 7º, nº. 2, *Grundgesetz* (sobre a escolha da educação religiosa escolar) e art. 227, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁹⁸ Em Portugal, estabelecendo a idade de dezesseis anos, cfr. art. 11º, nº. 2, Lei nº. 16/2001 (Lei de Liberdade Religiosa).

¹⁹⁹ Em Espanha, a Lei Orgânica nº. 7/1980, que desenvolve o direito fundamental à liberdade religiosa, em nada toca sobre a questão, adotando-se, no fundo, as disposições gerais do Código Civil (art. 162, nº. 1) e da Lei de Orgânica nº. 1/1996 (Lei de Proteção Jurídica do Menor), levando-se em consideração o nível de maturidade do menor, elemento este que constitui uma vantagem quanto à proteção da liberdade religiosa, não se restringindo o reconhecimento de sua autonomia de forma estanque, com bem notícia RAMÍREZ, José María Porrás – La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea. In José María Porrás Ramírez (Coord.). *Derecho de la libertad religiosa*. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016. p. 39. Ainda, na esteira de MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 262-264, o patamar etário eleito pela legislação portuguesa (dezasseis anos) deve ser interpretado em plena conformidade com a Constituição, já que a liberdade de consciência e de religião, *ipsis litteris*, “não surge de repente, quando o menor apaga a décima sexta vela do seu bolo de aniversário”.

contexto da concordância prática (em juízo de ponderação), estando de um lado o direito fundamental à liberdade religiosa da criança e do adolescente (filho menor educando) e o direito dos pais à educa-los de acordo com a sua profissão religiosa ou outra que considerem adequada, cabendo ao Estado intervir sempre que indispensável à ordem constitucional, no que RAMÍREZ acrescenta ser o melhor interesse do menor parâmetro para a resolução das questões daí advindas²⁰⁰.

No que se refere aos efeitos horizontais do direito fundamental à liberdade religiosa no âmbito das relações intersubjetivas ocorrentes no interior das respectivas confissões religiosas, há aqui um elemento-guia de imprescindível consideração, qual seja, a voluntariedade²⁰¹. Partindo-se da ideia-base de livre exercício do direito a tal liberdade, compreende-se que o acesso, a adoção, integração e profissão de dada religião é decisão tomada tão somente pelo próprio crente, submetendo-se, assim, no exercício de sua autonomia, à disciplina e à doutrina de dada igreja, comunidade ou confissão religiosa. Nesta senda, uma vez tomada a decisão de integrar e permanecer na profissão de dada religião, caberá ao crente, numa correspondência esperada entre crença e atitude, atuar e se manter nos limites dogmáticos professados pela respectiva doutrina religiosa acolhida, ressalvada sempre a possibilidade de deixar de professá-la, faculdade essa (deixar e/ou mudar de religião) decerto integrada ao direito à liberdade religiosa em sua faceta subjetivo-individual como analisado *supra*.

Entretanto, a problemática surge em duas questões fundamentais perante as quais suscitamos o seguinte: há oposição de efeitos da liberdade religiosa na hipótese em que igrejas, comunidades e/ou confissões religiosas exigem, no contexto de sua doutrina, atuações indignas e vilipendiantes? Em caso de desvio do crente com relação à doutrina professada pela respectiva igreja, comunidade e/ou confissão religiosa, é possível a oposição de efeitos da liberdade religiosa no âmbito de um juízo de cunho disciplinar e punitivo por parte da instituição?

Em resposta à primeira questão, deve-se deslocar o problema para a esfera dos limites (restrições) à liberdade religiosa²⁰², não havendo maiores dificuldades para que concluamos pela inviabilidade constitucional daquela hipótese, já que num contexto de indispensável submissão dos direitos fundamentais a uma “reserva geral imanente de ponderação” com os

²⁰⁰ RAMÍREZ, José Maria Porras – La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal..., op. cit. p. 40. Neste sentido, o Tribunal Constitucional espanhol já decidira que o interesse do menor estará sempre em um nível superior que o daqueles que possuem a sua guarda e/ou exercem o poder familiar, cabendo ao poder judicial velar de forma adequada pela proteção dos direitos daquele, aí incluída a liberdade religiosa de que é pleno titular (cfr. STC 141/2000, em especial o fundamento jurídico nº. 5), referenciado em CASTILLO, Antonio López – *La Libertad Religiosa en la Jurisprudencia Constitucional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. pp. 114 e 115.

²⁰¹ MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 272.

²⁰² Sobre os limites (restrições) à liberdade religiosa, cfr. tópico 2.2.2.

demais bens, valores e interesses constitucionalmente protegidos, não pode e nem deve qualquer prática ou manifestação de crença religiosa afrontar a dignidade da pessoa humana. Daí, surgem duas consequências básicas: a primeira, não constitui exercício legítimo, em termos constitucionais, por parte de igrejas, comunidades e confissões religiosas a exigência de práticas e manifestações indignas e vilipendiantes por parte de seus fiéis, e a segunda, a evidente oposição horizontal do direito fundamental à liberdade religiosa (negativa) dos fiéis frente a quaisquer exigências dogmáticas indignas e vilipendiantes por parte das respectivas igrejas, comunidades e confissões religiosas a que pertencem²⁰³.

Quanto à segunda questão suscitada, há que se considerar *ab initio* que, inobstante a autonomia institucional (autodeterminação e autogestão) conferida pelo direito à liberdade religiosa em seu viés subjetivo-coletivo (como direito institucional), as faculdades daí dessumidas, tal qual qualquer outro direito fundamental, não são ilimitadas, devendo-se respeitar os respectivos limites (restrições) impostos ao direito (à liberdade religiosa), relevando-se também o pleno efeito horizontal naquilo que concerne às relações entre fiéis e igrejas, comunidades e confissões religiosas em termos de submissão disciplinar e punitiva. Assim, por mais que as instituições religiosas possuam autonomia em matéria disciplinar e punitiva – por exemplo, expulsão do crente/fiel dos seus quadros integrantes –, deverá agir sempre com total respeito às exigências constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana²⁰⁴.

²⁰³ Importante neste sentido são algumas práticas religiosas e arraigadas ao nível cultural que impõem práticas de mutilação aos fiéis (e/ou a seus filhos), tais como a circuncisão masculina e a extirpação genital feminina, cuja decisão deve ser de exclusiva competência do titular do direito. E como enfatiza SILVA NETO, Manoel Jorge – *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 92 e 93, exemplificando com alguns movimentos muçulmanos africanos, trata-se de seguir o “princípio da reversibilidade da opção”, cabendo sempre ao afetado pela medida de invasão corporal a decisão exclusiva. Em se tratando de criança, não caberá aos pais ou tutores a tomada de decisão, devendo-se aguardar o momento escorreito (de acordo com o nível de maturidade) para que o próprio afetado decida. A solução abstrata que consideramos no presente parágrafo não constitui resposta que desconsidera o valor da autonomia privada, mas antes reitera a existência de uma barreira eficaz contra possíveis dominações ou manipulações no interior das igrejas, comunidades e confissões religiosas. Portanto, em se tratando de práticas como as que referenciamos aqui, deve-se sopesar a autonomia individual com os demais valores, bens e interesses protegidos pela ordem constitucional. Em verdade, deve-se observar a problemática em duas perspectivas, pois, partindo-se da exigência dirigida pela igreja, comunidade e/ou confissão religiosa, tratar-se-á de prática ilegítima do ponto de vista constitucional. Porém, observada pela perspectiva do exercício positivo da liberdade religiosa por parte do crente, deve-se-á sopesar a autonomia individual (expressada aqui a sua livre e desvinculada decisão) e demais bens, valores e interesses protegidos ao patamar jurídico-constitucional. Não se deve olvidar que o exercício da autonomia individual na matéria também constitui expressão da dignidade da pessoa humana e do livre exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade (cfr. CRORIE, Benedita Mac – *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2017. p. 108).

²⁰⁴ Questionar-se-ia aqui a viabilidade instrumental, para fins de proteção do próprio direito fundamental à liberdade religiosa, a exigência, no âmbito do exercício do poder disciplinar e punitivo das igrejas, comunidades e confissões religiosas, de um procedimento justo tanto em termos substanciais quanto procedimentais (exigências do *due process*), a fim de que se assegure ao crente a proteção de seu direito de defesa em um amplo e adequado contraditório. Noticiando acerca da exigência de *due process* no contexto dos procedimentos de exclusão do

Em outro plano dos efeitos horizontais do direito fundamental à liberdade religiosa, torna-se indispensável, na esteira do cumprimento dos referidos deveres de respeito e tolerância, que as crenças e práticas religiosas de funcionários e empregados devam ser recebidas e acolhidas por seus empregadores com a adequada e sensível acomodação²⁰⁵. Assim, por exemplo, a utilização de indumentária e simbologia religiosa²⁰⁶ no ambiente de trabalho, a necessidade de pausa durante horários específicos da jornada laboral para a realização de orações, o respeito a determinados dias de descanso e feriados religiosos que incidam em dia de trabalho, dentre outras questões, suscitam a necessidade de um adequado e sensível tratamento respeitoso para com a liberdade religiosa dos empregados e funcionários que professam alguma religião.

Neste ponto, identificando a imbricação conflitiva entre direitos fundamentais e bens, valores e interesses protegidos ao nível constitucional, WEINGARTNER entende ser indispensável operar-se a concordância prática entre a liberdade religiosa de funcionários e empregados, e os interesses econômicos subjacentes ao exercício da livre iniciativa e ao direito de propriedade dos empregadores²⁰⁷. No contexto português, MACHADO referencia dois elementos importantes relacionados ao efeito horizontal: a incidência específica do mandamento isonômico sobre as relações de trabalho na dimensão de vedação a discriminações (em razão de crenças religiosas), tendo por base a disposição do art. 59º, nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976, e a vedação, extraída do art. 41º, nº. 3, da Constituição, de questionamentos relativos a crenças ou opções religiosas de um candidato em processo seletivo

quadro societário de determinada associação, MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo – *Curso de direito constitucional*. pp. 353 e 354, referenciam decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Recurso Extraordinário nº. 158.215 e Recurso Extraordinário nº. 201.819) em que se anularam deliberações internas de algumas associações por terem desconsiderado o direito de defesa e ao contraditório de seus associados.

²⁰⁵ Deve-se diferenciar aqui duas situações, quais sejam, a da acomodação religiosa nas relações laborais no que tange ao tratamento conferido pelo empregador aos seus empregados/funcionários no contexto da execução do contrato de trabalho, e a acomodação religiosa observada como canal de possibilidades de isenções quanto ao cumprimento de deveres legais conferidas a crentes/fiéis em razão de sua profissão religiosa, encontrando-se esta hipótese no espectro das objeções de consciência (em face do serviço militar, da instituição de impostos religiosos etc.), dirigindo-se em face do Estado, e assim não se restringindo às relações entre particulares (relações laborais). Quanto a esta última possibilidade, profundas discussões têm sido travadas no contexto do direito constitucional norte-americano, sendo paradigmáticas as decisões *Sherbert v. Verner* – 374 U.S. 398 (1963) – e *Employment Division v. Smith* – 494 U.S. 872 (1990) – proferidas pela *Supreme Court*, onde o primeiro constituiu o *leading case* na construção do conhecido *test Sherbert*, cujas orientações se dirigiam para a verificação da viabilidade da concessão de possíveis isenções contra leis gerais, e o segundo consagrou o rompimento jurisprudencial da Corte com o referido *test*, no que fora alvo de inúmeras críticas. Para uma descrição detalhada de ambos os *cases* e o histórico das isenções na história constitucional norte-americana datada dos *Founding Fathers*, cfr. NUSSBAUM, Martha C. – *Libertad de conciencia...*, op. cit. pp. 127-165.

²⁰⁶ Sobre indumentária e simbologia religiosa, cfr. tópico 3.2.

²⁰⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 236.

de trabalho, proibindo que se prejudique o candidato em razão de suas escolhas em matéria de religião²⁰⁸.

ROSSELL, por mais que admita, sob a base da vedação das ações discriminatórias, em especial pela via do art. 14, Constituição espanhola de 1978, haver um dever de neutralidade religiosa por parte dos empregadores, reconhece que, diferente do direito norte-americano, não há, em Espanha, a consolidação do direito do trabalhador à acomodação razoável de suas crenças religiosas, inobstante ter o Tribunal Constitucional espanhol reconhecido duas hipóteses de objeção de consciência, ainda que estas não estejam relacionadas de forma direta às relações laborais: a negativa por parte de funcionários da Seguridade Social quanto a práticas abortivas e por parte de funcionários da polícia nacional quanto à participação em atos de cunho religioso²⁰⁹.

O nó górdio das questões relativas à acomodação razoável está no reconhecimento e no adequado tratamento do conflito entre direitos fundamentais e outros bens, valores e interesses de quilate jurídico-constitucional, sendo impossível – e até mesmo leviano em termos científicos – se pudéssemos fornecer uma resposta abstrata ao problema, donde se exige a análise tópica e sensível das situações fáticas, levando-se em consideração os elementos jurídicos e fáticos imbricados num processo de otimização inerente à proteção e efetivação principiológica do direito fundamental à liberdade religiosa.

Ademais, no que tange à estipulação de quais efeitos não de ser veiculados à incidência horizontal de tal direito, se diretos (*unmittelbare Drittwirkungen*) ou indiretos (*mittelbare Drittwirkungen*), e por quais meios os mesmos se darão, o adequado posicionamento teórico-dogmático e metodológico-constitucional só pode ser definido levando-se também em consideração os elementos *in concreto*, no que podemos referenciar, como ponto de partida, apenas os dados constitucionais extraídos da força normativa dos direitos fundamentais, em especial a capacidade normativa operante e irradiante da liberdade religiosa e do mandamento isonômico, e do princípio do Estado Social, daí extraída a figura de mediador do Poder Público no âmbito da equalização dos meios e instrumentos ao exercício dos direitos. De fato, a única

²⁰⁸ MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 265.

²⁰⁹ ROSSELL, Jaime – *La no discriminación por motivos religiosos en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008. pp. 107 e 109. Neste sentido, Rossel cita (cfr. pp. 110 e 111) decisão do Tribunal Constitucional espanhol (STC 19/1985) onde se desestimara a pretensão em recurso de amparo de uma funcionária de uma empresa de limpeza que queria fazer seu suposto direito à acomodação razoável das novas crenças que professava (havia mudado de religião durante a execução do contrato de trabalho), tendo requerido, em especial, que fosse reorganizado seu horário laboral, já que de acordo com sua nova crença religiosa estaria proibida de trabalhar no horário compreendido entre o pôr do sol das sextas-feiras e dos sábados.

certeza que não nos falta neste ponto é que o direito fundamental à liberdade religiosa opera em dupla dimensão vetorial normativa, tanto vertical como horizontal.

2.2. Limites à liberdade religiosa

2.2.1. Sobre limites, restrições e intervenções: delimitação conceitual e enquadramento teórico-dogmático

A primeira problemática da qual nos ocuparemos naquilo que concerne aos limites à liberdade religiosa diz respeito ao próprio conceito de “limites”, em razão de uma contínua e errônea confusão conceitual neste âmbito, onde muitas vezes o termo é utilizado de forma fluida e fungível com outros vocábulos, tais como “restrições” e “intervenções”²¹⁰. Em verdade, a densificação e distinção conceitual entre os referidos vocábulos deve partir – pois dela depende – da aceitação daquilo que na doutrina germânica é conhecido como distinção entre “teoria interna” e “teoria externa” das restrições a direitos fundamentais.

ALEXY, partindo da necessária distinção entre teoria interna e teoria externa, vincula a ideia de limites a direitos fundamentais àquilo defendido pela primeira posição teórica, qual seja, a existência inseparável do conteúdo de direito fundamental e suas zonas limítrofes internas, algo que para a segunda posição teórica é distinguível, ou seja, o direito e suas restrições como áreas distintas²¹¹. Em sequência, ALEXY, em plena confluência com a assunção de uma teoria dos princípios, e assim assumindo os pressupostos teóricos da teoria externa – ao menos para fins de distinção entre “limites e “restrições” –, considera restrição toda norma que opera a compressão ou redução do conteúdo *prima facie* de direito fundamental²¹². De outra banda, HESSE, aceitando os pressupostos da teoria interna, concebe a ideia de limitação de direitos fundamentais como o processo de fixação do alcance interno (*inhaltliche Tragweite*)

²¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. p. 155, dá conta dessa corrente confusão conceitual na doutrina, reforçando a distinção semântica existente entre os termos “limite” e “restrição”, referindo-se o primeiro à existência de uma fronteira, e o segundo à ideia de redução, supressão ou diminuição de algo. Nestes termos, o limite constituiria a fixação de uma linha divisória entre duas áreas no âmbito do conteúdo resguardado de um direito fundamental, enquanto a restrição operaria uma posterior diminuição substancial desse conteúdo.

²¹¹ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 277 e 278.

²¹² *Ibidem.* p. 281. É importante notarmos que o próprio Alexy considera o conceito oferecido dotado de um argumento circular, pois expõe o significado de restrição a direito fundamental com a própria ideia de restrição ao afirmar que “são normas que restringem”. Entretanto, o intuito de Alexy é vincular o ato da compressão/redução (a substância da restrição) ao meio substantivo por qual ela é operada, qual seja, uma “norma”, pois a partir daí pode defender a possibilidade de restrições tanto por meio de “regras” quanto por meio de “princípios”, vinculando a estes últimos a vantagem (protetiva) do sopesamento (juízo de ponderação de valores) para se alcançar a lei de colisão (cfr. p. 284).

de cada direito de liberdade inserto no plexo constitucional, consignando que os limites dos direitos fundamentais se encontram naquela área onde a sua “projeção objetiva” (*sachliche Reichweite*) termina²¹³.

O ponto distintivo entre ambas teorias da restrição está no *locus* daquilo que se entende por limites a posições jurídicas, ou seja, aquele elemento responsável pela determinação do que é conteúdo *prima facie* e do que é conteúdo definitivo. Como salienta BOROWSKI, para a teoria interna (*Innentheorie*), o conteúdo resguardado pelo respectivo suporte fático do direito constitui apenas um único objeto (o direito integrado com seus respectivos limites), cujo conteúdo é determinado a partir de um processo interno de densificação, enquanto para a teoria externa (*Außentheorie*) há dois objetos distintos, quais sejam, o direito *prima facie* e o direito de conteúdo determinado após o respectivo processo de restrição, importando este em diminuição do conteúdo que era *prima facie* garantido²¹⁴. Assim, para a teoria interna, o limite do direito é interno ao seu conteúdo (limite imanente – *immanente Grenze*), não existindo processo posterior de diminuição ou redução substantiva²¹⁵. Mas, para a teoria externa, a posição jurídica resguardada é apenas *prima facie*, sendo indispensável, no contexto *in concreto*, a submissão deste conteúdo a um processo de restrição a fim de se alcançar o conteúdo definitivo²¹⁶. Partindo dos pressupostos da teoria externa, BOROWSKI, divergindo de ALEXY em termos conceituais, compreende os limites aos direitos fundamentais como normas que constroem a possibilidade de “obstrução” do conteúdo de um direito garantido, e as restrições como medidas estatais “de agravo” dirigidas a titulares de direitos fundamentais²¹⁷.

Para CANOTILHO, há que se distinguir também entre a “restrição” e a “conformação de direitos fundamentais, asseverando que, diferente do primeiro, a ideia de conformação de direitos engloba um processo de complementação, densificação e/ou concretização das normas de direito fundamental, negando a consideração de que toda norma produzida pela Assembleia da República no contexto dos direitos fundamentais constituiria “norma restritiva”²¹⁸. Sobre as restrições, CANOTILHO não as conceitua de forma propriamente dita, mas tão somente assevera

²¹³ HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 139.

²¹⁴ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. pp. 66-70.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 69.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 67.

²¹⁷ *Ibidem*. pp. 209, 307 e 313 (assumindo a reconstrução da dogmática dos direitos fundamentais sob os fundamentos da teoria externa). Vale notar que a divergência para com Alexy é apenas conceitual, pois o que para o último é restrição, para o primeiro é limite. Em Alexy, não há que se falar em limites a direitos fundamentais, mas apenas em restrições, apresentando-se estas últimas na forma de normas que operam compressão em posições *prima facie*, substituindo-as por posições definitivas. Entretanto, para Borowski, estas mesmas normas constituem limites a direitos fundamentais, sendo as restrições as próprias medidas estatais de compressão.

²¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 1263.

que sua função e objetivo são reduzir o raio de ação garantido por uma norma de direito fundamental²¹⁹.

Assumindo pressupostos tanto concernentes à teoria interna quanto à externa e negando a concepção principiológica de ALEXY, VIEIRA DE ANDRADE considera a existência de três elementos dogmáticos no âmbito da limitabilidade dos direitos fundamentais: os “limites imanes”, na esteira da concepção restritiva do suporte fático e do âmbito de proteção, as “restrições legislativas”, como aquelas que operam a compressão autorizada (com fundamento constitucional) do conteúdo de direitos fundamentais, e os conflitos ou colisões *in concreto* de direitos fundamentais garantidos sem reservas, daí surgindo a figura das “leis harmonizadoras”, que ao invés de reduzirem ou comprimirem o conteúdo de direitos fundamentais, apenas solucionam conflitos existentes²²⁰. MIRANDA, também partindo de uma compreensão eclética na qual imbrica pressupostos da teoria interna e da teoria externa, reconhece as figuras dos “limites imanes”, das “restrições” e da “regulamentação”, onde a ideia de limite surge atrelada ao exercício dos direitos fundamentais, a restrição ao conteúdo do direito “em si”, comprimindo-o no conteúdo garantido, e a regulamentação entendida como “desenvolvimento legislativo” de um conteúdo, mas sem que isso importe em sua compressão, redução ou diminuição²²¹.

Com espeque na relação de causa e efeito que considera existir entre os elementos dogmáticos do “limite” e da “restrição”, ALEXANDRINO, assumindo as bases de justificação da teoria externa, assevera que o primeiro constitui norma operativa de demarcação do conteúdo de um direito fundamental, enquanto o segundo configura a ação de materialização da referida demarcação ou densificação substantiva²²². De todo modo, com vistas ao texto constitucional português de 1976, segue VIEIRA DE ANDRADE ao negar a assunção do modelo principiológico de ALEXY, e, ainda, não descarta nem a operacionalidade da figura dos “limites imanes”, nem a ideia de ponderação no contexto de conflitos e colisões de direitos²²³.

Por outro lado, GOUVEIA vincula a questão da limitação dos direitos fundamentais ao elemento do exercício, distinguindo entre duas figuras: os “limites” e a “regulação”²²⁴. GOUVEIA, no que parece assumir os pressupostos da teoria interna, separa a categoria dos

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 1276.

²²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. pp. 263-271.

²²¹ MIRANDA, Jorge – *Direitos fundamentais*. pp. 378-384. Inobstante considerarmos sua posição como eclética, o próprio Miranda se considera adepto dos pressupostos da teoria externa (cfr. p. 468).

²²² ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa. Vol. II: a construção dogmática*. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 471 e 472.

²²³ ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema...*, Vol. II, op. cit. pp. 476-482.

²²⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Manual de direito constitucional: II...*, op. cit. pp. 977.

limites em “internos” e “externos”, correspondendo os primeiros àqueles fatores que, expressos ou implícitos, se tornam responsáveis pela delimitação do exercício em razão da sistemática jurídico-constitucional de bens, valores e interesses protegidos, e os segundos referidos àquelas hipóteses de colisão *in concreto* entre direitos fundamentais²²⁵. Em matéria de restrições, considera-as sob a bitola da “regulação”, mas não como forma operativa de compressão de conteúdo, e sim como mero esclarecimento, densificação, complementação ou concretização de formas de exercício de direitos fundamentais, uma vez que o labor aí seria apenas o de revelar os limites internos já veiculados²²⁶.

Após a análise de alguns posicionamentos acerca do tema da limitação dos direitos fundamentais, torna-se evidente que as variações terminológicas, ao menos naquilo que tange à consideração dos “limites” e “restrições” como elementos dogmáticos distintos, dependem da filiação a uma ou a outra perspectiva teórica. Tal variação ocorre pelo fato de que, perante a perspectiva da teoria interna há apenas limites internos/imanentes, com o conseqüente desaparecimento da figura das restrições; mas, na perspectiva da teoria externa, só há “limites externos”, que atuam de fora do conteúdo do direito fundamental e o comprimem em forma de restrições. A escolha por uma ou outra filiação teórica não constitui mera opção de cariz acadêmico, mas sim estipulação que gera sérias conseqüências em termos de proteção de direitos fundamentais, senão vejamos.

No âmbito da teoria interna, onde os limites são integrados ao conteúdo do próprio direito, de cuja interpretação do suporte fático se extrai o direito “em si”, ou seja, a posição jurídico-fundamental definitiva, tem-se que, em sentido lógico, quaisquer medidas estatais que incidam sobre a respectiva norma de direito fundamental, ainda que afete de forma direta o seu conteúdo-substantivo, não constituirá uma restrição, mas sim mera “revelação” dos limites imanentes veiculados desde a origem²²⁷. Em conseqüência, as exigências constitucionais de verificação da legitimidade das medidas estatais restritivas não terão aqui qualquer operatividade, e naquilo que ainda se puder syndicar no âmbito jurisdicional, caberá ao órgão competente atuar com deferência, contenção e na esteira de um estreito juízo de verificação e conformidade constitucionais²²⁸.

²²⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Manual de direito constitucional: II...*, op. cit. pp. 985 e 986.

²²⁶ *Ibidem*. pp. 978 e 979.

²²⁷ Não considerando restritivas as leis que apenas revelam limites imanentes, cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. p. 274 (nota nº. 24). Perante tal entendimento, a própria figura da colisão ou conflito *a posteriori* de direitos fundamentais desaparece, pois, dados os limites imanentes, o conteúdo garantido pela norma de direito fundamental configura-se de forma definitiva, transformando qualquer posição, ato ou fato para além desse âmbito protegido uma posição aparente ou, como bem noticia NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. p. 316, uma “manifestação aparente” de direito.

²²⁸ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 319 e 320.

Já no âmbito da teoria externa, cujos pressupostos direcionam à distinção de dois elementos e fases distintos, quais sejam, a delimitação do conteúdo protegido *prima facie* e a sua posterior restrição, torna-se possível o controle das medidas estatais restritivas pela incidência das exigências constitucionais de legitimidade em Estado de direito. Apesar de nem toda atuação estatal que venha esbarrar em conteúdos de direito fundamental (estas podem constituir mero desenvolvimento ou concretização do mesmo) operar uma compressão ou redução do âmbito de proteção, todas aquelas que o fizerem, seja em termos diretos ou indiretos, estarão submetidas a controle jurisdicional, ainda que varie na sua intensidade²²⁹.

Acresça-se que, dada a estrutura principiológica aqui assumida e justificada em termos de ampliação da proteção no contexto inclusivo do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista, torna-se lógica e necessária a adoção dos pressupostos da teoria externa naquilo que concerne à sua limitação, considerando a existência de medidas estatais que possam comprimir ou reduzir os conteúdos acolhidos no respectivo âmbito de proteção e assim submetendo-as ao pleno controle jurisdicional, em especial às exigências constitucionais de legitimidade.

De todo modo, consideramos que, na esteira de NOVAIS, todos os direitos fundamentais se submetem a uma “reserva geral imanente de ponderação”²³⁰, cujo processo, encetado após a devida aquilatação em termos de delimitação *a priori* do respectivo âmbito de proteção – labor este de hermêutica constitucional –, torna delimitada aquela esfera protegível e suscetível a restrições, desde que estas sejam abalizadas ao nível constitucional (de forma implícita ou explícita) e legitimadas em substância e forma. Destarte, naquilo que se deve entender por limitação a direitos fundamentais, aplicável portanto ao direito fundamental à liberdade religiosa, deve-se compreender três fases distintas: *a*) a delimitação inicial (e ampla) do âmbito de proteção²³¹; *b*) a submissão, tal como os demais direitos fundamentais, da liberdade religiosa a uma “reserva geral imanente de ponderação”²³²; e *c*) restrições operadas

²²⁹ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 300 e 301. Ainda, sobre a variação do controle a que devem ser submetidas as restrições, Novais alerta (cfr. pp. 628 e 629) para a necessidade de distinguir entre as concretas possibilidades restritivas e verificar as circunstâncias imbricadas, posto que restrições, os desenvolvimentos, as restrições *stricto sensu*, as intervenções restritivas, as restrições intencionais e não intencionais, devem ser submetidas a tratamento diverso quanto às exigências formais (forma e competência), aplicando de maneira indistinta apenas os requisitos materiais, quais sejam, o princípio da vedação de excesso, o princípio isonômico e a garantia do conteúdo essencial.

²³⁰ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 569 e ss.

²³¹ Deve-se partir, como já salientado, da concepção ampla do suporte fático e do âmbito de proteção, no que seguimos o entendimento de ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 321 e ss., incluindo no âmbito de proteção de um direito fundamental tudo aquilo que com ele estiver em relação material.

²³² Em outra obra, NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. pp., salienta a necessária distinção entre as figuras dogmáticas dos “limites imanentes” e da “reserva geral imanente de ponderação”, onde, para além da evidente diferença em termos de controle de constitucionalidade (como dito,

sobre o conteúdo protegível *a priori*, verificando-as quanto à sua legitimidade constitucional em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Faz-se imprescindível esclarecermos nosso posicionamento quanto ao faseamento acima delineado. Como pano de fundo teórico, vinculamos aqui dois segmentos de compreensão da dogmática das limitações aos direitos fundamentais: o modelo principiológico de ALEXY e os pressupostos da teoria externa aliados à figura dogmática da “reserva geral imanente de ponderação” na esteira de NOVAIS. O suposto problema seria que, de acordo com NOVAIS, seu posicionamento quanto à fase de delimitação interpretativa do âmbito de proteção de um direito fundamental diverge do modelo assumido por ALEXY, eis que, por mais que também parta da aceção ampla do suporte fático e do âmbito de proteção, considera haver situações, fatos e atos que por sua natureza estariam decerto excluídos da guarida constitucional do direito fundamental, dada a sua inviabilidade lógica, enquanto ALEXY inclui tudo aquilo que for possível em termos materiais, integrando-se ao âmbito de proteção apenas o direito *prima facie* sob a estrutura normativo-principiológica²³³.

Conquanto, não visualizamos aqui qualquer incompatibilidade entre as duas vertentes doutrinárias, pois ao conjugarmos os pressupostos de ambas, tem-se por engendrada uma garantia reforçada dos direitos fundamentais. Partindo-se da concepção ampla do âmbito de proteção no faseamento de sua delimitação, alí incluímos, tal qual ALEXY, tudo aquilo que com ele puder ter relação material²³⁴, inclusive atos que – ao menos de forma lógica – estariam *in limine* excluídos, e, ato contínuo, submetemos o resultado à “reserva geral imanente de ponderação”, tal qual defendido por NOVAIS, expurgando aqueles atos, fatos e situações que, dada a incompatibilidade tópica com determinados bens, valores e interesses protegidos ao nível jurídico-constitucional, não devem integrar o âmbito de proteção definitivo.

de acordo com os limites imanentes no âmbito da teoria interna não há restrições, mas apenas o direito definitivo ou a sua violação, não havendo razões para que se questione a legitimidade das medidas estatais que sobre ele incidam), a ideia de “reserva geral imanente de ponderação” configura-se como o elemento capaz de operar a harmonização entre o princípio da maioria (inerente ao Estado democrático) e o princípio do Estado de direito, especialmente no que tange às exigências decorrentes do *topos* “direitos fundamentais como trunfos”. Ao nosso ver, o que Novais quer reconhecer com a “reserva geral imanente de ponderação” é a “tensão natural” decorrente da imbricação de duas forças, quais sejam, a força política da maioria e a força normativa dos direitos fundamentais. Consigne-se que a figura da “reserva geral imanente de ponderação”, em que pese em Portugal ter sido disseminada por Jorge Reis Novais, possui origem na doutrina germânica, como informa ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. p. 280.

²³³ NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. pp. 89 e 90. A título de exemplo, Novais (*Direitos fundamentais e justiça constitucional*. pp. 93, 94 e 221) questiona se seria lógico considerar, do ponto de vista constitucional, incluídos no âmbito de proteção *a priori*, como o faz Alexy, os atos de matar, violar e de torturar, bem como a possibilidade de ofender, difamar e revelar segredos de Estado como exercício da liberdade de expressão e fazer grafites em veículos estacionados em vias públicas.

²³⁴ Razão pela qual reforçamos a necessidade do conceito tipológico-aberto de “religião” (cfr. tópico 1.3.).

Portanto, no que tange à delimitação conceitual aqui assumida, há apenas uma figura em termos de limitação: as restrições à liberdade religiosa, podendo estas, na linha de ALEXY, ser operadas por meio de normas-princípio e por normas-regra²³⁵. E, ainda, dentro da figura das “restrições”, há que se observar, em consonância com o escólio de NOVAIS, a distinção entre “restrições *stricto sensu*” e as “intervenções restritivas”, naquilo que poderíamos entender pela divisão entre restrições normativas gerais e abstratas, operadas em sua maioria pelo legislador ordinário e que afetam o conteúdo *in abstracto* da norma de direito fundamental, e restrições *in concreto* operadas de forma tópica pela Administração, Governo e até mesmo pelo próprio Poder Judicial, que procedem a uma compressão do conteúdo da posição individual garantida pelo direito fundamental, mas sem que haja afetação da norma *in abstracto*²³⁶.

Ou seja, naquilo que a doutrina costuma entender por “limites à liberdade religiosa”, compreenderemos como “restrições à liberdade religiosa”, cabendo apenas distinguirmos as fases já referenciadas e se a respectiva restrição é operada por uma norma-princípio ou por uma norma-regra. Assim, os juízos decorrentes do faseamento da “reserva geral imanente de ponderação” constituem restrições operadas na estrutura de norma-regra, onde este resultado fora alcançado por meio de uma restrição estruturada em norma-princípio, submetendo-se a controle *a posteriori* de constitucionalidade, já que constituem “restrições” (não simples revelação de limites imanentes) a direito fundamental, comprimindo ou reduzindo o seu conteúdo. Desta forma, elimina-se qualquer argumentação no sentido de se reconhecer à liberdade religiosa supostos limites imanentes, internos ou intrínsecos não controláveis em momento posterior. Em conclusão, tomemos a configuração semântica do termo “limite” como “restrição”.

2.2.2. Direito fundamental sem reservas ou tópica dos limites à liberdade religiosa?

Com frequência, os textos constitucionais costumam garantir o direito fundamental à liberdade religiosa sem vinculá-lo a quaisquer reservas (constitucionais ou legais)²³⁷

²³⁵ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 284.

²³⁶ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 193 e 194.

²³⁷ Sobre os tipos de reservas, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 1276 e 1277; especificamente sobre as reservas legais, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Op. Cit.* pp. 131 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 27-40.

expressas²³⁸, ressalvadas algumas exceções²³⁹. Partindo-se desse dado, questiona-se: seria o direito fundamental à liberdade religiosa um direito ilimitado? Em reforço a tal problemática, seria a menção constitucional à necessidade de expressa reserva vinculada de restrição²⁴⁰ uma confirmação de dita característica?

Começando por responder a este último questionamento, e nos utilizando do escólio de NOVAIS²⁴¹, a ausência de reserva expressa vinculada a direito fundamental não o torna ilimitado – ou melhor, irrestringível –, pois isso seria não apenas admitir a existência de uma diferenciada sistemática de reservas, como estar-se-ia também a pressupor uma hierarquização axiológica dos direitos fundamentais²⁴². Portanto, a inexistência de reservas vinculadas de forma expressa, não torna o direito fundamental ilimitado (irrestringível), mas apenas demonstra a decisão do constituinte quanto à abertura à possibilidade de posteriores atuações restritivas aos órgãos constituídos, o que decerto constitui atitude responsável frente a evidente incapacidade daquele em prever e resolver de forma apriorística e abstrata todas as situações de conflito entre direitos fundamentais²⁴³.

Como bem questionam VIEIRA DE ANDRADE e NOVAIS, o simples fato de o direito fundamental à liberdade religiosa ser garantido sem reserva expressa no texto constitucional português geraria por si só a sua recondução ao âmbito da irrestringibilidade, abarcando assim toda e qualquer pretensão de ato, fato e/ou situação considerada sob seu manto de forma incondicionada²⁴⁴? Dados os esclarecimentos anteriores, perfaz-se evidente que a liberdade

²³⁸ Em geral, resumem-se os textos constitucionais a garantir a inviolabilidade do direito à liberdade religiosa (cfr. art. 41º, nº. 1, Constituição da República Portuguesa de 1976; art. 4º, nº. 1, *Grundgesetz*; e art. 5º, VI, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²³⁹ Como exceção, referenciamos o art. 16, nº. 1, Constituição espanhola de 1978 (vincula o exercício à manutenção da ordem pública) e art. 19, Constituição italiana de 1947 (vincula a não contrariedade aos bons costumes).

²⁴⁰ Fazemos patente referência ao previsto no art. 18º, nº. 2, Constituição da República Portuguesa de 1976: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição (...)”.

²⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 569 e ss.

²⁴² Em sentido contrário, ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. pp. 277-281, não considera possível que se operem restrições legislativas fora dos casos expressos previstos pelo texto constitucional, conferindo um relevante significado à disposição do art. 18º, nº. 2, da Constituição portuguesa de 1976. Entretanto, Andrade, ao partir do pressuposto necessário da limitabilidade dos direitos fundamentais (cfr. p. 263), converte os casos de restrição em mera questão de conflito (cfr. 278). Sobre o tema, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 1277, refere-se apenas “às restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”, considerando assim possível a existência de restrições a direitos fundamentais que, apesar de não expressamente autorizadas, são admitidas pela própria sistematicidade constitucional dos direitos fundamentais, excluindo daí o tratamento da questão sob as vestes dos “limites imanentes”. Ainda, conferindo um sentido operante ao art. 18º, nº. 2, Constituição da República Portuguesa de 1976, e mesmo assim considerando pela positiva a limitabilidade dos direitos fundamentais, ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema...*, Vol. II, op. cit. p. 481, compreende a viabilidade de se aplicar uma interpretação ampliativa às situações de vinculação à reserva expressa, visualizando aí hipóteses de autorização implícita.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 586 e 587.

²⁴⁴ Assim, questiona ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. p. 273: “terá sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria?”. Já NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos fundamentais e justiça*

religiosa não se encontra revestida com o manto da irrestringibilidade, seja no texto constitucional português ou em outros, devendo-se ter por inconcussável a necessidade de sua compatibilização com os demais bens, valores e interesses constitucionais albergados. Donde surge uma nova questão: considerada a sua natural restringibilidade – tal qual os demais direitos fundamentais –, como fundamentá-la, já que em geral é direito garantido sem reservas expressas? Para respondermos esta questão, reconduzimos nossa argumentação ao elemento da “reserva geral imanente de ponderação”, a qual se deve submeter o direito fundamental à liberdade religiosa, daí retirando os fundamentos autorizadores de suas restrições.

UNRUH, considerando a característica do direito fundamental à liberdade religiosa como direito garantido sem reservas (*vorbehaltloses Grundrecht*) pela *Grundgesetz* (art. 4º, nº. 2), assevera que tal dado constitucional não implica a sua irrestringibilidade, rejeitando qualquer argumento que tente daí extrair conclusão contrária, no que reforça que a “liberdade de um encontra seus limites na liberdade do outro”²⁴⁵. Ainda, afirmada assim a sua restringibilidade, e dada a sua consagração sem reservas expressas, UNRUH aduz que restrições operadas ao direito fundamental à liberdade religiosa só podem ser procedidas mediante “limites constitucionais imanentes” (*verfassungsimmanente Schranken*), em especial os direitos de terceiros (*Grundrechte Dritter*) e/ou bens de nível constitucional (*Rechtsgüter mit Verfassungsrang*)²⁴⁶.

Ainda da banda jurídico-constitucional germânica, analisando alguns posicionamentos doutrinários acerca de possíveis fundamentos de limitação (restrição) ao direito fundamental à liberdade religiosa, NIKLAS RAABE assinala que, dada a especificidade e especialidade do referido direito de liberdade, há de se ter por inadmissível a aplicação de certos “limites imanentes” veiculados de forma expressa a outros direitos fundamentais, tal qual ao direito geral de liberdade e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º, nº. 1, GG – limites conhecidos como *Schränkentrias*), e aos direitos à liberdade de expressão, opinião, liberdade artística e liberdade de imprensa (art. 5º, nº. 2, GG)²⁴⁷. Por outro lado, considera

constitucional. p. 91, indaga: “(...) quando a Constituição diz que ‘a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável’ ou que ‘todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada’ têm ou não essas garantias o mesmo sentido absoluto equivalente à proibição ‘em caso algum haverá pena de morte’?”.

²⁴⁵ UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. p. 90.

²⁴⁶ *Ibidem*. p. 90.

²⁴⁷ RAABE, Niklas – *Art. 4 GG als Grundrecht unter Vorbehalt?* Norderstedt: GRIN Verlag GmbH, 2013. pp. 7 e 8. Sobre o *Schränkentrias*, estariam aí englobados os seguintes “limites imanentes”: o direito dos outros (*Rechte anderer*), a ordem jurídico-constitucional (*verfassungsmäßige Ordnung*) e a lei dos costumes (*Sittengesetz*). Considerando a aplicação da limitação trifásica (*Schränkentrias*) apenas de forma subsidiária, no que se torna parâmetro inalterável a especialidade do direito de liberdade garantido, cfr. MÜLLER, Friedrich – *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Tradução

admissíveis, tal qual UNRUH, a sua limitação pela bitola da necessidade de compatibilização com outros bens também consagrados no tráfego jurídico-constitucional²⁴⁸. Ainda, ao final de sua análise, compreende a liberdade religiosa submetida a uma reserva qualificada veiculada pelo art. 136, nº. 1, Constituição da República de Weimar de 1919, válido sob a disposição do art. 140, *Grundgesetz*²⁴⁹.

Apontando três elementos fundamentais de vinculação e fundamentação de limites à liberdade religiosa, NÈVE compreende, sob o princípio do Estado de direito, a necessidade de o Estado proteger os indivíduos contra possíveis violações à sua integridade físico-mental, provendo assim a garantia indispensável ao gozo dos direitos civis e de liberdade²⁵⁰; sob a ideia de garantia do pluralismo político e religioso, atenta para a indispensável atuação restritiva do Estado no sentido de prevenir, impedir e limitar atuações com tendências antidemocráticas de “sociedades paralelas” (*Parallelgesellschaften*) criadas e motivadas por fins religiosos²⁵¹; e, por último, reforça o *topos* do “monopólio do poder” (*Herrschaftmonopol*) estatal, exercido por suas respectivas instituições legitimadas na esfera democrática, como fundamento jurídico-político para atuações restritivas do Estado ao exercício da liberdade religiosa²⁵². Em suma, sob tais elementos, NÈVE reitera a indispensável necessidade de se alocar de maneira adequada o exercício da liberdade religiosa no contexto do tráfego jurídico-constitucional de normas conflitivas²⁵³.

Enfrentando a questão da limitação (restrição) do direito fundamental à liberdade religiosa, MACHADO, partindo do pressuposto da estrutura principiológica daquele, reforça a sua específica categoria de direito submetido a um dever de otimização – em patente referência à

do original em alemão *Die Positivität der Grundrechte*, de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Editorial Dykinson, 2016. pp. 52 e 53.

²⁴⁸ RAABE, Niklas – *Art. 4 GG als Grundrecht unter Vorbehalt?* p. 24. Neste sentido, Niklas Raabe entende por indispensável a compatibilização, em termos de concordância prática, da liberdade religiosa com outros direitos constitucionais colidentes (*kollidierendes Verfassungsrecht*), de forma que todas as normas constitucionais imbricadas possam ter seus efeitos otimizados.

²⁴⁹ RAABE, Niklas – *Op. Cit.* p. 24. Neste ponto, opõe-se UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. pp. 86 e ss., asseverando que a tese do caráter de limite conferida ao referido artigo já fora rejeitada pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que dentre outras razões, entende que a liberdade religiosa, ao ser garantida de forma especial pela *Grundgesetz* como direito fundamental de liberdade, fora desligada/desvinculada de uma possível reserva extraída daquele dispositivo.

²⁵⁰ NÈVE, Dorothée de – *Grenzen der Religionsfreiheit*. In Adrian Loretan (Hg.). *Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte: Religionsrechtliche Studien*. 2. Aufl. Zürich: Theologischer Verlag, 2011. pp. 171-174.

²⁵¹ *Ibidem*. pp. 174-178. No fundo, Nève afirma não ser preocupante o surgimento de tais “sociedades paralelas”, eis ser consequência normal do pluralismo religioso, onde cada comunidade religiosa costuma construir sua própria ambiência social, possuindo o direito de veicular suas ideologias como elementos de influência no contexto da participação democrática. Por outro lado, o que de fato deve suscitar preocupações em termos de oposição de restrições à liberdade religiosa é o surgimento de expressivas tendências antidemocráticas e anticonstitucionais no âmago de tais sociedades.

²⁵² *Ibidem*. pp. 178-182.

²⁵³ *Ibidem*. p. 183.

compreensão de ALEXY sobre os princípios como “mandados de otimização” –, donde indica constituir “grandeza concretamente variável”, assim lembrando que deve ser submetido a um processo de concordância prática para com os demais bens, valores e interesses constitucionais²⁵⁴.

Na mesma linha, ADragão reconduz a questão da limitabilidade da liberdade religiosa ao processo de ponderação no contexto dos demais bens jurídico-constitucionais resguardados, reforçando a imperiosidade de sua recíproca compatibilização, ao mesmo tempo que reforça a existência de uma barreira última ao exercício de tal direito: os bens, valores e interesses constitucionalmente garantidos sob a bitola da dignidade da pessoa humana, em especial, afirma ADragão: “através da tutela penal dos bens constitucionalmente relevantes”²⁵⁵.

Após o excursus doutrinário delineado acima, podemos observar que a especificidade e a sensibilidade jurídico-política²⁵⁶ do direito fundamental à liberdade religiosa tem conduzido o discurso jurídico-constitucional aos termos de um enquadramento não expresso de reservas, cujo silêncio constitucional não conduz à eloquência da irrestringibilidade não declarada, mas antes à eloquência e eficiência do pressuposto inconcussável da condicionabilidade sistemático-axiológica dos textos constitucionais, em especial no que se refere aos direitos fundamentais. É neste ponto que trazemos à baila o elemento dogmático da “reserva geral imanente de ponderação”, senão vejamos.

Inobstante alguns Autores acima referenciados tratem o tema da limitabilidade da liberdade religiosa no âmbito de sua vinculação a “limites imanentes” ou “limites constitucionais imanentes”, reiteramos o nosso entendimento de que, partindo-se dos pressupostos da teoria externa e assumida a estrutura princiológica, não se deve falar em “limites”, “limites imanentes” ou “limites constitucionais imanentes”, admitindo-se apenas a figura das “restrições”, operadas estas como corolários da referida “reserva geral imanente de ponderação” a que está submetido o direito fundamental à liberdade religiosa. Portanto, quando a doutrina se refere a supostos elementos de limitação intrínseca²⁵⁷, tais como “os direitos de

²⁵⁴ MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. pp. 278, 279 e 283.

²⁵⁵ ADragão, Paulo Pulido – *Op. Cit.* p. 513.

²⁵⁶ Sob a ideia de “sensibilidade jurídico-política”, referimos à problemática relativa ao adequado enquadramento jurídico-normativo e das considerações políticas ao entorno do direito fundamental à liberdade religiosa. Dada a essência última da natureza deste direito de liberdade, qual seja, como liberdade do espírito, encontrando-se intrinsecamente vinculada ao âmago da pessoa humana em termos de fundamentação etérea e metafísica de sua existência, exige um tratamento adequado o suficiente a fim de que não o deixe se perder nas esferas mais obscuras do arbítrio nem nos rincões nihilistas de uma política estatal ablativa e excessiva.

²⁵⁷ Neste sentido, UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht.* pp. 90-93, enumera alguns elementos constitucionais idôneos a justificar restrições à liberdade religiosa, tais como o dever estatal de educação no contexto escolar (art. 7, nº. 1, GG), o direito à inviolabilidade físico-mental (art. 2, nº. 1, GG) – vedando-se aí a lesão psíquico-física, tal qual a prática do sacrifício humano, como suposto exercício de direito –, o dever estatal

terceiros”, a “ordem jurídico-constitucional”, a “lei dos costumes”, traduz, em verdade, elementos que instrumentalizam a “reserva geral imanente de ponderação”, argumento este que se corrobora com aquelas manifestações doutrinárias referentes à necessidade de concordância prática ou compatibilização para com demais bens, valores e interesses albergados ao nível jurídico-constitucional.

Em essência, argumentamos que a própria “reserva geral imanente de ponderação” constitui uma forma de restrição sob a estrutura de norma-princípio, uma vez que o seu fundamento jaz no princípio da unidade da Constituição (*Prinzip der Einheit der Verfassung*)²⁵⁸, é instrumentalizada pelo processo de concordância prática e/ou ponderação de valores, e é verificada de forma legítima sob a bitola do princípio da vedação de excesso (princípio da proporcionalidade *lato sensu*)²⁵⁹, o que traduz um reforço garantístico aos direitos fundamentais (e, *in casu*, à liberdade religiosa). Assim considerada (restrição como norma-princípio), autoriza e fundamenta restrições *a posteriori*, condicionando *a priori* os conteúdos jurídico-fundamentais resguardados, mesmo que *in abstracto*²⁶⁰.

Destarte, a consagração constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa sem que se lhe vincule reservas expressas não lhe direciona para a ilimitabilidade (irrestringibilidade), mas indica e reforça a sua proteção sob o manto da “reserva geral imanente de ponderação”, deslocando os juízos daí decorrentes para o *locus* das restrições sindicáveis em sede de jurisdição constitucional. Conquanto, assim considerados os casos de inexistência de reservas expressas, questionamos: como devem ser caracterizadas as hipóteses constitucionais

de proteção dos fundamentos naturais da vida (art. 20a, GG) – autorizando-se restrições em nome da proteção dos direitos dos animais –, bem como o princípio da neutralidade religiosa do Estado.

²⁵⁸ HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 27, entende a unidade da Constituição como consequência da conexão e da interdependência dos elementos individuais (*der Zusammenhang und die Interdependenz der einzelnen Elemente*) do texto constitucional, tornando imprescindível, quando da interpretação de uma norma constitucional, a consideração de não apenas a norma isolada, mas sim na sua posição e relação para com todo o entrelaçado normativo. Ainda, BASTOS, Celso Ribeiro – *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 125, retira deste princípio a necessidade de articulação conjunta de todos os elementos do texto constitucional a fim de que se revele a “vontade unitária da Constituição”.

²⁵⁹ Sobre o princípio da vedação de excesso e suas possíveis refrações sobre o direito fundamental à liberdade religiosa, cfr. tópico 2.2.4.

²⁶⁰ Reiteramos aqui a razão de nosso posicionamento, pois caso considerássemos o direito fundamental à liberdade religiosa submetido a “limites imanentes”, quaisquer medidas posteriores que implicassem na redução ou no tangenciamento – direto ou indireto – de seu conteúdo constituiriam apenas “revelações” daqueles limites intrínsecos, não sendo sindicáveis nos mesmos termos que as restrições devem ser. De outra banda, ao partirmos de sua consideração apriorística como restrições, e não como limites, os juízos de ponderação (sejam estes operados pelo legislador, pela Administração ou pelo próprio Poder Judicial) decorrentes da aplicação da “reserva geral imanente de ponderação”, considerada esta como restrição na estrutura de norma-princípio, tornam-se controláveis por completo em sede de jurisdição constitucional, em especial sob os auspícios dos elementos de legitimidade das restrições em Estado de direito, quais sejam, o princípio da igualdade, o princípio da vedação de excesso e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

onde há a vinculação de reservas, caso este, por exemplo, do texto constitucional espanhol (art. 16, nº. 1)?

As hipóteses de vinculação expressa a reservas no próprio texto constitucional devem receber o mesmo tratamento teórico-dogmático das restrições, compreendendo-as como elementos-guia ou instrumentais escritos direcionados à operacionalização da cláusula da “reserva geral imanente de ponderação”, pois assumindo também a estrutura de norma-princípio, constituem autorizações constitucionais para que se proceda a restrições no direito fundamental à liberdade religiosa, senão vejamos. Na hipótese do texto constitucional espanhol (art. 16, nº. 1, Constituição de 1978), o direito fundamental à liberdade religiosa se encontra vinculado apenas à cláusula geral da “ordem pública protegida pela lei”, esta por sua vez integrada, como assevera ORTEGA, pelos seguintes bens jurídico-constitucionais: segurança, salubridade (saúde pública), tranquilidade e moralidade *lato sensu*²⁶¹. Assim, podemos observar que tais elementos integrantes da cláusula constituem, em essência, bens, valores e interesses protegidos ao âmbito constitucional, cuja fluidez no tráfego jurídico-constitucional exige a adequada compatibilização em termos de concordância prática a ser operada no âmbito da “reserva geral imanente de ponderação”, afastando-os também da caracterização como “limites imanentes”²⁶².

Ao nível infraconstitucional, as leis que desenvolvem o direito fundamental à liberdade religiosa também se restringem à manifestação simétrica dos elementos constitucionais que instrumentalizam a “reserva geral imanente de ponderação”²⁶³, evitando a assunção de uma atitude descritiva e *numerus clausus* de situações ou hipóteses de limitação

²⁶¹ ORTEGA, Abraham Barrero – *Op. Cit.* pp. 206 e ss. Como ressalta Ortega (cfr. pp. 206 e 207), apesar de o texto constitucional não expressar formalmente o conteúdo daquilo que se deva entender como ordem pública, extrai aqueles elementos de forma imediata da Constituição, como bens jurídico-constitucionais consagrados de forma expressa. Acresça-se a isso que, no caso espanhol, a referida cláusula foi preenchida pelos contornos infraconstitucionais operados pela Lei Orgânica nº. 7/1980 (Lei Orgânica da Liberdade Religiosa), pelo que, em consonância com o seu art. 3º., nº. 1, estipulou como elementos da “ordem pública garantida pela lei”: “os direitos dos demais ao exercício de suas liberdades públicas e direitos fundamentais” e a “salvaguarda da segurança, da saúde e da moralidade pública”. Para a conceituação de cada um desses elementos, cfr. RAMÍREZ, José Maria Porras – *La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal...*, op. cit. pp. 55-64.

²⁶² Desta forma, compreendendo-os como elementos integrantes de uma restrição estruturada como norma-princípio, os juízos de ponderação (restrições em estrutura de normas-regra) daí resultantes poderão ser controlados em termos de legitimidade constitucional, no que se poderá sindicatizar a constitucionalidade de uma lei que, a título de exemplo, proíba o sacrifício de animais no âmbito de cultos religiosos, considerando aí diversos *topoi* materialmente conexos, tal como a ideia de relatividade cultural e proteção das manifestações religiosas como bens de ordem cultural de dada comunidade.

²⁶³ Além da já citada Lei Orgânica nº. 7/1980 em Espanha, referenciamos, da banda portuguesa, o art. 6º, nº. 1 (“salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”) e art. 7º (“respeitar quanto possível a liberdade de cada uma”), ambos da Lei nº. 16/2001 (Lei de Liberdade Religiosa), numa linguagem que decerto importa na recondução aos *topoi*, referenciados na doutrina germânica, “ordem jurídico-constitucional” e “direitos de terceiros” como elementos indicadores da irrefutável necessidade de compatibilização de todos os bens jurídico-tutelados ao nível constitucional.

(restrição), no que ADRAGÃO, ao considerar se deve ou não haver uma cláusula constitucional ou legal na matéria, analisa pela positiva quando afirma: “(...) deverá existir uma norma legal expressa, o que aumentará a segurança jurídica. A sua elaboração, segundo a prudência política, deverá conduzir a uma cláusula geral que enumere pela positiva os bens fundamentais constitucionalmente protegidos (...)”²⁶⁴.

De todo exposto, consideramos que, independente de sua estrutura garantística ser consagrada em grande parte dos textos constitucionais sem reservas expressas – e até mesmo naqueles casos em que há elementos de reserva vinculados –, o direito fundamental à liberdade religiosa, como qualquer outro direito, não se perfaz ilimitado, submetendo-se à “reserva geral imanente de ponderação”, cujos elementos de operacionalização por vezes se encontram indicados em termos expressos, por vezes não, mas que, de toda forma, reconduzem-se à necessidade de concordância prática no contexto do tráfego jurídico-constitucional de bens, valores e interesses.

2.2.3. Liberdade religiosa e ponderação de valores no âmbito da concordância prática

Para que possamos compreender a funcionalidade de cada um destes elementos teórico-dogmáticos face ao direito fundamental à liberdade religiosa, torna-se imprescindível uma prévia e sumária conceituação. Como já fora assentado, a ideia de concordância prática está vinculada ao princípio da unidade da Constituição, tornando-se o método necessário à compatibilização e harmonização das normas constitucionais, tendo em vista que, em especial no âmbito jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, faz-se patente a normalidade conflitiva e colidente dos inúmeros bens, valores e interesses jusfundamentais protegidos. Nesta senda, questiona-se: qual é a relação existente entre concordância prática e ponderação de valores?

Sobre o conceito de “ponderação de bens”, SCHLINK compreende duas funções essenciais no âmbito da dogmática jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, quais sejam, a delimitação do âmbito de proteção subjacente a cada direito fundamental, configurando-os como elementos institucionais objetivamente protegidos, e a limitação dos direitos fundamentais em sua faceta jurídico-subjetiva pública²⁶⁵. Separando a ponderação de bens em dois momentos funcionais de operacionalização, BOROWSKI diferencia entre a “ponderação de saída” (*Ausgangsbewägung*) e a “ponderação de controle”

²⁶⁴ ADRAGÃO, Paulo Pulido – *Op. Cit.* pp. 513 e 514.

²⁶⁵ SCHLINK, Bernhard – *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976. p. 129.

(*Kontrollabwägung*), onde a primeira corresponde àquele sopesamento realizado em direção à acomodação jurídico-constitucional e jurídico-legal dos direitos fundamentais – em geral realizada pelo legislador ordinário – e a segunda àquela fase de avaliação de pesos no contexto do controle de legitimidade constitucional realizado em jurisdição constitucional²⁶⁶.

Sobre a interação das categorias, CANOTILHO busca distinguir entre concordância prática e “ponderação de interesses”²⁶⁷, onde considera, na esteira de HESSE, o primeiro como metódica direcionada à consecução de uma eficácia ótima entre bens, valores e interesses em conflito, e o segundo como a operação de ordenação prática de bens onde se estabelece o produto de forma vinculada a meios e fins, renunciando desde o início a qualquer pretensão de hierarquização abstrata de valores²⁶⁸. Para NOVAIS, a ideia de concordância prática surgiu como uma alternativa àquilo que se considerava arbitrário e subjetivo no âmbito da ponderação de bens, substituindo-a como a metodologia através da qual, ao invés de uma decisão de preferência no contexto de uma hipotética ordem hierarquizada de valores, proceder-se-ia a um equilíbrio ótimo entre bens de mesmo alcance axiológico²⁶⁹.

De outra banda, ALEXY, consoante os pressupostos de sua teoria dos direitos fundamentais como teoria baseada no modelo de princípios, diferenciando princípios e valores tão somente quanto à essência – princípios possuem um caráter deontológico e valores possuem caráter axiológico –, e considerando o peso dos princípios em referência a relações de preferência construídas *in concreto*, iguala os conceitos de “sopesamento” e “concordância prática”²⁷⁰. Para nós, entretanto, ALEXY iguala os conceitos apenas pelo fato de se referirem ao mesmo objetivo, qual seja, o da otimização principiológica. Mas, ao fundo, os diferencia ao menos no que tange à localização no faseamento, reconhecendo que a concordância prática constitui um princípio, enquanto o sopesamento constitui um processo²⁷¹.

Naquelas situações em que a ponderação de bens possa ser confundida com a ideia de proporcionalidade, CANAS, buscando a essência do processo de concordância prática, assume a sua distinção com relação ao princípio da vedação de excesso, em especial no que tange ao sub-elemento da proporcionalidade em sentido estrito, alertando para o fato de que, diferente

²⁶⁶ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 179.

²⁶⁷ Com o mesmo significado, os termos “sopesamento”, “ponderação de interesses”, “juízo de ponderação”, “ponderação de valores” ou “ponderação de bens” serão utilizados aqui de forma indistinta sob o vocábulo “ponderação”.

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, op. cit. pp. 199-200.

²⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 685 e 688.

²⁷⁰ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 153 e 173.

²⁷¹ Cfr. ALEXY, Robert – *Op. Cit.* p. 173, onde faz referência expressa ao “princípio da concordância prática”, referenciando, ainda, em rodapé, Konrad Hesse.

da ideia subjacente à vedação de excesso, não busca uma relação de exata simetria, mas antes quer estabelecer uma relação apenas otimizada, referindo-o como princípio relativo à hermenêutica jurídico-constitucional²⁷². E, naquilo que concerne à proporcionalidade em sentido estrito, CANAS o aloca como um dos níveis do faseamento instrumentalizador daquele processo de concordância prática, capaz de buscar a proporção adequada naquela relação de equilíbrio perquirida²⁷³. Contrapondo em termos de faseamento as categorias da ponderação de valores e da proporcionalidade, NOVAIS assevera que a primeira se encontra alocada em fase anterior à segunda, já que a ponderação diz respeito ao processo de sopesamento, avaliando-se os respectivos pesos *in concreto*, enquanto a proporcionalidade revela-se como mecanismo de controle do juízo decorrente da primeira²⁷⁴.

Dos vetores doutrinários expostos, defendemos que a concordância prática constitui um princípio de hermenêutica constitucional tendente à realização do princípio da unidade da Constituição, enquanto a ponderação de valores (sopesamento etc.) constitui o processo que operacionaliza o objetivo de reciprocidade coordenada de bens, valores e interesses desejado pela concordância prática. Trata-se, ao fundo, de uma relação de justificação e instrumentalização entre as categorias, pois a ponderação de valores só é necessária dada a indispensabilidade da concordância prática²⁷⁵. Caso aos inúmeros bens, valores e interesses protegidos ao espectro jurídico-constitucional fosse possível a estipulação matemática de pesos abstratos, a concordância prática seria despicienda, bem como a ponderação.

Isto posto, pergunta-se: como se dá a operacionalização dessas duas categorias no que tange ao direito fundamental à liberdade religiosa? Com referência à referida cláusula de “reserva geral imanente de ponderação”, como operacionalizar essas categorias? Não arriscaremos aqui uma descrição minuciosa de ponderações *in abstracto*, mas colacionaremos uma hipótese exemplificativa para que se possa melhor compreender a imbricação daquelas categorias naquilo que concerne ao direito fundamental à liberdade religiosa.

Iniciamos pela funcionalização geral da concordância prática. Como princípio de hermenêutica constitucional, parte da constatação *ad principium* de que o direito fundamental à liberdade religiosa possui – até mesmo pela sua estrutura principiológica – o mesmo peso *a priori* que os demais bens, valores e interesses jurídico-constitucionais garantidos por normas

²⁷² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova – *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016. 1.441 f. Tese de Doutoramento em Direito. pp. 1177-1183.

²⁷³ *Ibidem*. p. 1183.

²⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. pp. 248 e ss.

²⁷⁵ Se quisermos expressar a relação de justificação entre as categorias, poderíamos assim descrever: princípio da unidade da Constituição > princípio da concordância prática > ponderação de valores.

de direito fundamental, abarcando, assim, dada a concepção ampla de suporte fático e de âmbito de proteção, todas as posições jurídico-fundamentais e conteúdos que com este direito possuïrem ou sejam capaz de possuir relação material. Em seguida, cabe alocarmos e submetermos a liberdade religiosa aos efeitos da cláusula de “reserva geral imanente de ponderação”, *locus* próprio da ponderação de valores, em especial daquela ponderação referida por BOROWSKI sob o termo “ponderação de saída” (*Ausgangsbewägung*)²⁷⁶.

Neste ponto, há que se proceder à imbricação analítica e coordenadora do direito fundamental à liberdade religiosa com os demais bens, valores e interesses do tráfego jurídico-constitucional com os quais pode entrar em situações de conflito, tais como o direito à vida, à integridade físico-mental, à privacidade e intimidade, à liberdade de expressão e informação, à educação, à segurança, à saúde e ao meio ambiente. Pensemos, em termos gerais, na imbricação entre o direito fundamental à liberdade religiosa e o direito à vida no contexto da “reserva geral imanente de ponderação”. De que forma tais direitos se relacionam?

Cediço a essência espiritual da liberdade religiosa, traduz-se esta como uma das formas de expressão e meio de desenvolvimento e de garantia do direito à vida, eis que reflete a proteção jurídico-constitucional sobre a autonomia e a capacidade humana de conferir sentido e justificação espiritual (seja positiva ou negativa) à existência. Mas, afora essa vertente de complementação ou reflexo do direito à vida, de que forma podemos visualizar as suas possibilidades de compressão sobre o direito fundamental à liberdade religiosa? Neste ponto tomaremos em consideração a dignidade da pessoa humana como essência do direito à vida²⁷⁷. Assim, poder-se-ia cogitar o exercício da liberdade religiosa de forma que, ao invés de prestigiar o direito à vida em seus reflexos espirituais, estivesse a confrontá-lo sob motivos de cariz religioso?

NÈVE menciona um caso ocorrido em 1976 na cidade alemã de *Klingenberg*, no Estado da Baviera, onde a Sra. Annelise Michel fora submetida a um procedimento conhecido como “exorcismo”, em decorrência do qual ficara em condições de subnutrição e veio a óbito²⁷⁸. Tendo em vista o exemplo e a imbricação do direito à vida para com a liberdade religiosa, argumenta-se que, na esteira do valor-princípio da dignidade da pessoa humana, extrai-se uma vedação constitucional apriorística em face de situações que levem o ser humano à condição de objeto, ou seja, que levem à sua instrumentalização em razão do exercício de uma suposta

²⁷⁶ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 179.

²⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis – *A dignidade da pessoa humana. V. 1: Dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. pp. 69 e ss.

²⁷⁸ NÈVE, Dorothée de – *Grenzen der Religionsfreiheit*. p. 172.

posição garantida por direito fundamental, *in casu*, a liberdade religiosa²⁷⁹. Portanto, numa situação de “ponderação de saída” para com o direito à vida e o valor-princípio da dignidade da pessoa humana no contexto de submissão do direito fundamental à liberdade religiosa à cláusula de “reserva geral imanente de ponderação”, donde se retiraria, do juízo daí proveniente, uma restrição na estrutura de norma-princípio²⁸⁰ que autorizaria, por exemplo, a edição de uma lei que vedasse a prática do “exorcismo” em situações que levassem o crente/fiel à instrumentalização/objetivação, estar-se-ia, por evidente, diante de uma operacionalização da ponderação de valores em prol da concordância prática dos direitos envolvidos, em especial no que se refere à acomodação jurídico-constitucional do exercício da liberdade religiosa frente ao todo unitário da Constituição.

Ao fim e ao cabo, o que importa reter do presente tópico é a imprescindível necessidade de se proceder a uma “ponderação de saída” do direito fundamental à liberdade religiosa com os demais bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, coordenando-o no contexto do tráfego jurídico-constitucional de forma a otimizá-lo. Entretanto, para além de sua acomodação no fluxo de reciprocidade dos direitos fundamentais, faz-se necessário impedir que seja o mesmo comprimido por restrições excessivas, ponto este de incidência do princípio da vedação do excesso, que abordaremos em sequência.

²⁷⁹ SEELMANN, Kurt – Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde: leere oder Grundlage der Rechtsordnung? In Adrian Loretan (Hg.). *Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte: Religionsrechtliche Studien*. 2. Aufl. Zürich: Theologischer Verlag, 2011. p. 107. Como elemento de caracterização de tal instrumentalização, referencia Seelmann a ideia de “humilhação” (*Demütigung*), ao que cita duas situações exemplificativas: a da negação/privação do *status* de pessoa humana e a discriminação (cfr. p. 109).

²⁸⁰ Falamos em restrição na estrutura de norma-princípio, mas pode-se cogitar, inclusive, de hipótese da qual se pode extrair uma restrição na estrutura de norma-regra. Por exemplo, uma situação em que um padre ou ministro religioso, contestando a sua condenação em decorrência da prática de homicídio, alega que um procedimento de “exorcismo” fora realizado no pleno exercício de suas funções religiosas, requerendo a anulação da condenação com base no exercício do direito geral de liberdade religiosa. Assim, submetida à análise em sede de jurisdição constitucional, poderá o órgão jurisdicional extrair daquela ponderação, uma restrição (intervenção restritiva) à liberdade religiosa do recorrente em forma de norma-regra, mantendo a condenação prolatada e confirmada pelos órgãos inferiores. É neste sentido que ALEXY, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais*. pp. 99-103, se refere aos “resultados de sopesamento como normas de direito fundamental atribuídas”, cujo enunciado de preferência pode ser aplicado na forma de subsunção.

2.2.4. Refrações do princípio da vedação do excesso (princípio da proporcionalidade)

Faz-se inconcussável a relevância do princípio da vedação do excesso²⁸¹ como elemento integrante da categoria “limites dos limites” (*Schraken-Schranken*)²⁸² no objetivo de controle das medidas estatais de restrição a direito fundamental²⁸³, perscrutando-se a legitimidade constitucional destas a fim de que se evitem violações e consequentes inconstitucionalidades em razão de sua possível excessividade²⁸⁴. Vinculado à cláusula-princípio do Estado de direito, KIRCHHOF ressalta a sua importância no controle das medidas que afetam direitos fundamentais, reiterando a necessidade de que as leis devem se limitar às necessárias para a regência do convívio social, evitando assim excessos legiferantes²⁸⁵.

A composição trifásica do princípio da vedação do excesso – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁸⁶ – exige que as medidas estatais restritivas de direitos fundamentais sejam submetidas a uma fiscalização reforçada, cujos elementos devem ser respeitados em sua integralidade e totalidade, sendo suficiente a afronta a um deles para que se tenha por excessiva a medida e assim tida por constitucionalmente ilegítima. A vedação do

²⁸¹ Sobre a designação aqui acolhida como “vedação do excesso”, adotamos as razões expostas em NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 729-736, para que não se confunda com o seu terceiro sub-elemento, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à sua origem no Direito Administrativo – em especial no Direito de Polícia (*Polizeirecht*) – e no Direito Constitucional alemão, cfr. LERCHE, Peter – *Übermass und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Goldbach: Keip Verlag, 1999. pp. 24-28.

²⁸² A expressão “limites dos limites” quer expressar o complexo de limitações imposto ao Poder Público – especialmente sobre a esfera do legislativo – quando da imposição de restrições aos direitos fundamentais. Neste sentido, e consagrando o princípio da vedação do excesso como o instrumental mais relevante na matéria, cfr. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Op. Cit.* pp. 137 e 138; da banda portuguesa, vinculando a expressão aos requisitos previstos no art. 18º, nº. 2 e 3, Constituição da República Portuguesa de 1976, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 451; e MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, op. cit. p. 41.

²⁸³ Entenda-se o termo restrição em sentido *lato*, englobando as restrições *stricto sensu* e as intervenções restritivas. Sobre estas, cfr. tópico 2.2.1.

²⁸⁴ Neste sentido, dispõe o art. 18º, nº. 2, Constituição da República Portuguesa de 1976: “(...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

²⁸⁵ KIRCHHOF, Paul – *El Estado de Derecho*. In Jorge Alguacil González-Aurioles; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (eds.). *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*. Madrid: Marcial Pons, 2014. pp. 150 e 152.

²⁸⁶ Numa explanação resumida para os efeitos da presente investigação, a adequação exige uma relação de causalidade entre a medida restritiva e o fim perseguido com a restrição imposta; a necessidade tende à verificação da exigibilidade da medida restritiva, questionando-se a existência de medida alternativa que seja menos restritiva e tão efetiva quanto aquela operada; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito quer testar a adequada relação de ponderação e equilíbrio entre os bens imbricados, ou seja, entre o bem restringido e o bem que se quer proteger através da restrição impingida. Para uma conceituação dos sub-elementos da vedação do excesso, cfr., dentre outros, MIRANDA, Jorge – *Curso de direito constitucional. Vol. 1: Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 299; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 269 e 270; de forma pormenorizada, NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 736-765; BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 405-407; SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos fundamentais: conteúdo essencial...*, op. cit. pp. 169 e ss.

excesso é o *locus* jurídico-constitucional da “ponderação de controle” (*Kontrollabwägung*), através da qual o órgão de jurisdição constitucional – *maxime* os Tribunais Constitucionais – controlará a legitimidade da “ponderação de saída” (*Ausgangsabwägung*) realizada pelo legislador, pela Administração e pelo Poder Judicial naquilo que concerne às restrições de direitos fundamentais²⁸⁷.

Assim, será este princípio o instrumental indispensável para que se ponham à prova as restrições impostas ao direito fundamental à liberdade religiosa decorrentes dos juízos de ponderação operados em sede de “reserva geral imanente de ponderação”, até mesmo porque representa a forma mais adequada e responsável de verificar as operações de otimização de direitos fundamentais que assumem a estrutura principiológica. Nessa linha, assinala BOROWSKI que, partindo do pressuposto de ALEXY de que os princípios constituem “mandados de otimização”, os sub-elementos da adequação e da necessidade controlam a realização principiológica quanto às respectivas possibilidades fáticas, enquanto o sub-elemento da proporcionalidade em sentido estrito controla a otimização quanto às possibilidades jurídicas de realização²⁸⁸. Isto posto, vejamos algumas refrações do referido princípio em sede de controle de restrições.

O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), ao enfrentar o conflito entre os direitos fundamentais à liberdade religiosa, à liberdade de profissão e o dever do Estado e dos indivíduos quanto à proteção dos animais (aqui visualizado sob a proteção dos bens constitucionais “meio ambiente” e “fauna hígida”), no contexto do julgamento da *Schächten-Beschluß* (*BVerfGE 104, 337*), aplicou o princípio da vedação de excesso à Lei de Proteção dos Animais (*Tierschutzgesetz*), em especial ao disposto em seu §4º., nº. 2, frase 2 (contemplava exceção à vedação estatal quanto ao sacrifício de animais sem anestesia prévia desde que presentes determinados requisitos), concluindo pela sua constitucionalidade ao lhe aplicar interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)²⁸⁹. Na hipótese, tratava-se de recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) intentado contra decisões de autoridades administrativas e judiciais que haviam negado a um açougueiro muçulmano praticante do segmento sunita, autorização para que o mesmo pudesse, mediante o disposto no §4º., nº. 2, frase 2 da Lei de Proteção dos Animais, continuar a realizar o sacrifício ritual de

²⁸⁷ É neste sentido que MAYER, Matthias – *Untermaß, Übermaß...*, op. cit. p. 41, assevera a vinculação do legislador, quando da tarefa de ponderação no contexto da realização da concordância prática, a observar o princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade.

²⁸⁸ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. p. 135.

²⁸⁹ Para a descrição das circunstâncias do caso e da decisão prolatada pelo Tribunal, cfr. SCHWABE, Jürgen – *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. México: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. pp. 183-190.

animais conforme a sua crença religiosa, pela qual se exigia o abate de animais sem que lhes fosse aplicada anestesia.

Consideradas as implicações legais da disposição normativa sobre os direitos à liberdade de profissão (art. 12, GG, protegida na hipótese de forma subsidiária pelo art. 2, nº. 1, GG) e à liberdade religiosa (art. 4, nº. 1 e 2, GG) do Recorrente, aplicou o Tribunal o princípio da vedação do excesso, reconhecendo a restrição como legítima em termos constitucionais, eis que, sendo adequada e necessária, direcionava-se de forma idônea ao atingimento do objetivo subjacente à sua regulação (“proteção dos animais dirigida eticamente”) e, sendo proporcional *stricto sensu*, havia procedido à esmerada ponderação entre os direitos, bens, valores e interesses constitucionais imbricados. Portanto, e satisfazendo não apenas os fins de proteção aos animais, mas também o direito à liberdade religiosa e à liberdade de profissão do Recorrente, utilizou-se o Tribunal de interpretação conforme à Constituição²⁹⁰, considerando, ao final, que as decisões administrativa e judicial anteriores haviam procedido a uma interpretação que implicara em “limitação desproporcionada” da liberdade religiosa do Recorrente²⁹¹.

Da banda norte-americana, notória refração do princípio da vedação do excesso²⁹² pode ser encontrada no *leading case* *Lemon v. Kurtzman* – 403 U.S. 602 (1971) –, no bojo do qual a *Supreme Court* construiu o *standard* consagrado como *Lemon test*, vocacionado à proteção da *Establishment Clause* (Emenda nº. 1/1791 à Constituição americana de 1787), tendo o Tribunal avaliado se medidas estatais – *in casu*, uma lei do Estado da Pensilvânia e uma lei do Estado de Rhode Island – que forneciam ajuda a escolas privadas de ensino religioso violavam aquele mandamento constitucional ao favorecer ou impedir determinada religião²⁹³. De acordo com o *standard* de controle em três níveis engendrado pelo Tribunal²⁹⁴, considerou

²⁹⁰ SCHWABE, Jürgen – *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...* op. cit. pp. 185 e 186.

²⁹¹ *Ibidem*. p. 190.

²⁹² Insta notarmos que o direito constitucional norte-americano aplica o princípio da vedação do excesso através da construção e aplicação de *standards* de controle direcionados à garantia da segurança jurídica e racionalidade dos juízos de ponderação realizados, tal qual o *Lemon test* a que aqui nos referimos. Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. p. 897, indica como pontos característicos do *modus operandi* da tarefa de controlo das restrições a direitos fundamentais a “variabilidade da intensidade do controlo judicial” e a “necessidade da estruturação dos procedimentos de controlo judicial”.

²⁹³ Para uma descrição completa das circunstâncias do *case* e de parte da decisão do Tribunal, cfr., dentre outros, BLACKMAN, Josh – This Lemon comes as a Lemon: The Lemon test and the pursuit of a statute’s secular purpose. *Civil Rights Law Journal*. Virginia: George Mason University School of Law. ISSN 1049-4766. Vol. 20, nº. 3 (2010), pp. 351-415; BODENSTEINER, Ivan E.; GEISINGER, Alex – An Expressive Jurisprudence of the Establishment Clause. *Penn State Law Review*. Pennsylvania: Penn State Law. ISSN 1545-7877. Vol. 112, nº. 1 (2007), pp. 77-136; e RAVISHANKAR, Karthik – The Establishment Clause’s Hydra: The Lemon test in the circuit courts. *University of Dayton Law Review*. Dayton: University of Dayton School of Law. ISSN 0162-9174. Vol. 41, nº. 2 (2016), pp. 261-301.

²⁹⁴ O *Lemon test* era integrado pelas seguintes fases de controle: a) verificar se a legislação questionada perseguia um motivo secular; b) verificar se o efeito principal ou primário da medida legislativa não implicava em promoção

que ambas as leis violavam a *Establishment Clause* ao implicarem um entrelaçamento excessivo entre Estado e religião, declarando-as inconstitucionais. Subjacente ao julgamento do *case*, procurava o Tribunal proteger não apenas o direito fundamental à liberdade religiosa em sua faceta subjetivo-individual, mas em especial aquilo que concerne à sua dimensão objetiva, tendo em vista o princípio da neutralidade, intentando assim expugar três males observados pelo *Justice Burger*, quais sejam, o “patrocínio, suporte financeiro e envolvimento ativo da soberania em atividade religiosa”²⁹⁵. Ainda, consigne-se que outros *tests* foram engendrados pelo Tribunal em termos de controle das cláusulas de religião da Constituição americana, tais como o *Endorsement Test* e o *Coercion Test*²⁹⁶.

2.3. O conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa

2.3.1. A garantia do conteúdo essencial: enquadramento teórico-dogmático e possíveis significados jurídico-constitucionais

A garantia do conteúdo essencial, aliada ao princípio da vedação de excesso e ao princípio da igualdade, integra o conjunto dos elementos de controle de restrições abarcados sob a categoria dos “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*)²⁹⁷, constituindo assim uma das barreiras intransponíveis ao Poder Público quando da realização de sua tarefa de delimitação e restrição de direitos fundamentais. Sua origem remonta ao constitucionalismo germânico do pós-guerra, que em patente resposta às artrozes experiências do nacional-socialismo vivenciadas sob a égide da Constituição da República de Weimar de 1919, resolveu por bem expressar e reforçar a força normativa dos direitos fundamentais, de forma especial frente ao legislador, consagrando garantia de tal monta a impedir que fossem estes relegados à ação mal-intencionada ou à omissão niilificadora do Estado²⁹⁸.

ou inibição de uma dada religião; e c) verificar se a medida não produzia o envolvimento excessivo entre Estado e religião. Para tanto, cfr. BLACKMAN, Josh – This Lemon comes as a Lemon..., op. cit. p. 356.

²⁹⁵ BODENSTEINER, Ivan E; GEISINGER, Alex – An Expressive Jurisprudence..., op. cit. p. 81.

²⁹⁶ Para a descrição dos referidos *tests*, cfr. BODENSTEINER, Ivan E; GEISINGER, Alex – An Expressive Jurisprudence..., op. cit. pp. 85-88; LINAS, Christopher – Salazar v. Buono: A Blow Against the Endorsement Test’s Core Principle. *Denver University Law Review*. Colorado: Sturm College of Law. ISSN 0883-9409. Vol. 88, nº. 3 (2011), pp. 607-608; e STRASSER, Mark – The Coercion Test: on prayer, offense, and doctrinal inculcation. *Saint Louis University Law Journal*. Saint Louis: Saint Louis University School of Law. ISSN 0036-3030. Vol. 53 (2009), pp. 433 e ss.

²⁹⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Op. Cit.* pp. 146 e ss.

²⁹⁸ Neste sentido, considerando a garantia do conteúdo essencial um instrumento que tende à realização da força normativa dos direitos fundamentais, FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo – *Verfassungsgeschichte*. 14ª. Aufl. München: C. H. Beck, 2015. pp. 395 e 396, compreende sua consagração, ao lado do recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), como o reforço dos limites jurídico-constitucionais à limitabilidade daqueles, em clara

Surge assim, a disposição do art. 19, nº. 2, *Grundgesetz*²⁹⁹, tendo por subjacente a relevância e a força normativa dos direitos fundamentais, com o claro intuito de objetar ao Poder Público, em especial ao legislador, que opere um processo de “desinstitucionalização” dos mesmos no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional. Como bem nota ANTONI, constitui a garantia do conteúdo essencial o “limite absoluto das restrições” (*absolute Eingriffsgrenze*) operadas pelo legislador, mas que se queda também aplicável em inúmeras outras situações de controle, tais como nas interpretações sobre direitos fundamentais realizadas pelo Executivo e pelo Poder Judicial e nas situações de ponderação realizadas com vistas à solução de colisão entre direitos fundamentais e outros bens de nível constitucional³⁰⁰.

Tal consagração garantística do constitucionalismo alemão do pós-guerra influenciou algumas outras expressões constitucionais após seus respectivos processos de redemocratização, no que referenciamos o art. 18º, nº. 3, Constituição da República Portuguesa de 1976³⁰¹ e o art. 53, nº. 1, Constituição espanhola de 1978³⁰². Daí, compreende CANOTILHO possuir a garantia dois significados fundamentais, quais sejam, a depender da verificação tópica, que há sempre uma parcela do âmbito de proteção que merece uma proteção essencial que não a torne sujeita a quaisquer compressões, restrições e violações, mas que, acima de tudo, e até mesmo para que a garantia possua de fato algum sentido, que haja uma barreira jurídico-fundamental em termos materiais de direito fundamental contra a qual nunca poderá uma restrição ser oposta³⁰³. Da mesma forma, MIRANDA confere um sentido de intransponibilidade à garantia do conteúdo essencial, mas alerta para o fato de se ter por indispensável um intenso labor para que se descubra quais de fato são seus elementos integrantes³⁰⁴.

Nesta senda, enquadra-se a garantia do conteúdo essencial no *locus* jurídico-dogmático dos elementos de controle das restrições levadas a cabo pelo legislador, bem como pelas medidas restritivas (e interventivas) tomadas pelo Executivo e pelo Poder Judicial, a evitar

oposição à concepção Weimariana, perante a qual os direitos fundamentais constituíam apenas elementos integrantes da construção de um “projeto de sociedade” (*Gesellschaftsentwurf*). Cfr., também, NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. p. 779, e MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, op. cit. pp. 42 e 43.

²⁹⁹ “*In keinem Falle darfe ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”. (Tradução nossa: “Em caso algum será um direito fundamental tangenciado em seu conteúdo essencial”).

³⁰⁰ ANTONI, Michael – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Handkommentar*. Dieter Hömig; Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.). 11ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2016. p. 272.

³⁰¹ “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

³⁰² “(...) *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades* (...)”. (Tradução nossa: “(...) Somente por lei, que em todo caso deve respeitar o seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades (...)”).

³⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 460 e 461.

³⁰⁴ MIRANDA, Jorge – *Curso de direito constitucional*. p. 310.

que se afete de tal forma os conteúdos dos direitos fundamentais ao ponto de reduzi-los a uma ínfima parcela de sua própria realidade, impedindo assim seu exercício útil e desejável. Em que pesem as diferenciações em termos de consagração positivo-constitucional, releva agora analisarmos os possíveis significados jurídico-constitucionais a ela atribuíveis, tarefa essa que deve ser realizada sob as perspectivas das teorias absoluta e relativa, e subjetiva e objetiva, algo que empreenderemos a seguir.

Distinguindo entre as teorias absolutas e relativas, assevera DREWS que, no âmbito das primeiras (teorias absolutas), pretende-se a identificação de um conteúdo central vinculado ao direito fundamental e separado de sua esfera periférica, em cujo domínio em hipótese alguma poderá o Estado opor medidas que de uma forma ou de outra o tangencie, compreendendo-o como o “núcleo substancial” (*Substanzkern*) retirado a qualquer possibilidade de restrição, até mesmo àquela que respeite os termos do princípio da proporcionalidade; entretanto, para as segundas (teorias relativas), busca-se e defende-se a existência de uma grandeza (*eine Größe*) móvel a ser determinada como resultado de uma ponderação entre bens e interesses conflitantes³⁰⁵. Numa outra dimensão da problemática, DREWS diferencia ainda entre as teorias subjetiva e objetiva da garantia do conteúdo essencial, onde a primeira defende o estabelecimento de uma garantia em termos “jurídico-individuais”, protegendo a posição subjetivo-individual do titular de direito fundamental, e a segunda busca a proteção do direito fundamental em sua existência objetiva, ou seja, como instituição jurídica no seu aspecto objetivo de princípio fundamental e integrante do ordenamento jurídico-constitucional total³⁰⁶. Há ainda algumas possibilidades de entrelaçamento entre as posições acima referenciadas, tais como as teorias absoluta-subjetiva, absoluta-objetiva, relativa-subjetiva, relativa-objetiva, dentre outras³⁰⁷ – em cujos conceitos nos eximiremos de adentrar.

Assim, posicionando-se no contexto das teorias absoluta e objetiva, LERCHE assevera que o significado jurídico-constitucional do conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) só é passível de desenvolvimento e de efeitos sobre a esfera objetivo-institucional dos direitos fundamentais, resguardando assim um âmbito que não deverá ser objeto de movimentação por parte do legislador, mas que, de todo modo, ressalva uma parcela em cujo espaço poder-se-á operar limitações proporcionais³⁰⁸. Já HIPPEL, alocando-se no âmbito das teorias relativa e subjetiva, e partindo de um conceito “imaneente” de limites, visualiza a garantia como forma de proteção

³⁰⁵ DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005. pp. 62-66.

³⁰⁶ *Ibidem*. pp. 77-82.

³⁰⁷ Para tanto cfr. DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. pp. 83-88.

³⁰⁸ LERCHE, Peter – *Übermass und Verfassungsrecht...*, op. cit. p. 239.

jurídico-individual a evitar que as restrições operadas sobre as respectivas posições jurídico-fundamentais não ultrapassem o necessário à eficaz proteção de um bem jurídico de maior valor que com ele esteja em confronto³⁰⁹.

Da banda do posicionamento misto, SCHNEIDER visualiza a garantia prevista no art. 19, n.º 2, *Grundgesetz*, conjugando os pressupostos das teorias absolutas e relativas, onde assevera que a compreensão da ideia de “conteúdo essencial” deve partir da análise relacionada à complexa estrutura dos direitos fundamentais de liberdade, dividindo-os em direitos que configuram um espaço de autodeterminação do indivíduo e direitos de liberdade que apenas “esgotam uma função de defesa” (*Abwehrfunktion erschöpfen*), pois daí entende que a separação da esfera de conteúdo destes direitos em uma parcela periférica e outra central só é possível naqueles primeiros, havendo aí que se falar em um “conteúdo essencial” ou “âmbito central” determinável ao qual se confira proteção absoluta (teoria absoluta)³¹⁰. Por outro lado, quanto ao segundo grupo de direitos – os que exercem apenas uma função de defesa –, SCHNEIDER entende que a ponderação realizada no contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade já cumpre a função de proteção intentada pela garantia do conteúdo essencial³¹¹. Ainda, SCHNEIDER confere um significado subjetivo à garantia, assentando sua função de proteção no contexto subjetivo-individual, com o objetivo de resguardar um âmbito essencial do conteúdo de direito fundamental ao seu titular, fundamentando-se, para tanto, na própria sistemática constitucional³¹². Ao fim de sua investigação, SCHNEIDER conclui que, para além das reservas constitucionais de limitação, exerce a garantia do conteúdo essencial uma função complementar, desde que considerada as diferenças na estrutura dos direitos fundamentais de liberdade, reconhecendo que a proteção absoluta de um âmbito central de conteúdo jusfundamental só é possível naqueles direitos em se possa identificar uma zona interna de proteção e uma zona periférica, enquanto aos demais, que exercem apenas função de defesa, o conteúdo se identifica com o produto da aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo aí suficiente a proteção conferida³¹³.

HESSE é bem claro quanto ao significado que confere a tal garantia, defendendo que o início do conteúdo essencial de um direito fundamental se dá quando suas “possibilidades

³⁰⁹ HIPPEL, Eike von – *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965. pp. 47 e 54.

³¹⁰ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. pp. 201, 211 e 229. Destacando a compreensão mista de Schneider, cfr. DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. pp. 91 e 92.

³¹¹ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 262.

³¹² *Ibidem*. pp. 148 e ss.

³¹³ *Ibidem*. pp. 273-275.

admissíveis de limitação” acabam, posicionamento este que o leva aos pressupostos das teorias relativas, acrescentando ainda que, naquilo que concerne à sua função protetiva, dirige-se a uma consagração institucional do direito fundamental em sua existência objetiva, dada a relevância para a “vida social em sua totalidade” (*für das soziale Leben im Ganzen*), percebendo-se aí também uma conotação objetiva da garantia³¹⁴. ALEXY, após proceder a uma sucinta análise das teorias aqui já referenciadas, conclui apenas que a garantia do conteúdo essencial em nada constitui proteção complementar àquela já oferecida pelo princípio da proporcionalidade, identificando-a com a própria ponderação realizada no âmbito do terceiro elemento daquele princípio – a proporcionalidade em sentido estrito³¹⁵. Seguindo os pressupostos teóricos da teoria externa, tal qual ALEXY, BOROWSKI afirma que a tese defendida pelas teorias absolutas do conteúdo essencial só se tornam justificáveis quando se utilizam de um processo de ponderação entre os direitos fundamentais como princípios e demais bens constitucionais colidentes, cujo produto será o conteúdo objeto da garantia, identificando assim a proteção com aquela conferida pelo próprio princípio da proporcionalidade³¹⁶.

Ainda da banda doutrinária germânica, merece comentários em apartado o posicionamento de HÄBERLE. Este Autor, assumindo os pressupostos da teoria interna no que tange às limitações/restrições dos direitos fundamentais, e assim ao não compreender a existência de verdadeiras restrições-afetações aos conteúdos de direito fundamental, visualiza como possível apenas a figura dos “limites imanentes”, considerando que qualquer medida estatal referente à concretização e ao desenvolvimento de direitos fundamentais constitui revelação daqueles limites originários e internos³¹⁷. Daí, no que concerne à garantia do conteúdo essencial, dota-a apenas de significado declaratório, eis que toda medida estatal que estiver a desenvolver e concretizar direitos ou será reveladora de limites internos ou será constitucionalmente ilegítima, não havendo o porquê de se considerar algum sentido útil à ideia de conteúdo essencial³¹⁸. Contudo, não desconsidera a função de proteção institucional que tal garantia exerce no contexto jurídico-constitucional sistemático, pois reforça a existência objetiva dos direitos fundamentais como elementos fundamentais da ordem jurídico-constitucional e democrática³¹⁹.

³¹⁴ HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. pp. 148-150.

³¹⁵ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 295-301.

³¹⁶ BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien.* pp. 363-365.

³¹⁷ HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial...*, op. cit. pp. 51 e ss., e 127 e ss. Como bem ressalta DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG.* p. 73, a compreensão de Häberle se dá no âmbito da concepção institucional dos direitos fundamentais e da rejeição dos pressupostos do “pensamento de intervenção e limites”.

³¹⁸ HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial...*, op. cit. pp. 219-221.

³¹⁹ *Ibidem.* pp. 221 e 222.

Na doutrina portuguesa, três Autores se posicionam na matéria, senão vejamos. Inobstante não tratar a questão de forma aprofundada, CANOTILHO se filia a uma concepção mista da garantia, considerando sua distinção para com o princípio da proporcionalidade com base em dois exemplos onde afirma que a problemática da excessividade (controlada pelo princípio da proibição/vedação de excesso) não abarca a preocupação subjacente à proteção do conteúdo essencial, qual seja, a de resguardar um espaço material mínimo do direito, sem o qual seu exercício se tornaria inviável³²⁰. De outra banda, MIRANDA se posiciona ao lado das teorias absolutas do conteúdo essencial, rejeitando de forma expressa as teorias relativistas, uma vez que, ao seu entender, confundem a garantia com o princípio da proporcionalidade, e, ao que parece, compreende que a proteção conferida pela garantia, sob os auspícios do art. 18º, nº. 3, Constituição da República portuguesa, exerce uma função subjetiva³²¹. Já NOVAIS não exerga qualquer significado relevante e autônomo a ser conferido à garantia, pois afirma possuir sentido útil apenas em sua perspectiva relativa, inserindo-a no próprio princípio da vedação de excesso (proporcionalidade)³²².

Por fim, vale consignarmos o entendimento de dois Autores no âmbito da doutrina constitucional brasileira. MENDES, ao afirmar que a garantia do conteúdo essencial visa “evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais”, se apresenta como partidário dos pressupostos das teorias relativas, pois, ao que parece, equaliza a sua função garantística com a função do princípio da proporcionalidade³²³. De forma mais aprofundada em sua explanação, mas na mesma linha que MENDES, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, ao considerar que a determinação do conteúdo essencial depende de inúmeras variáveis, tais como o suporte fático, o âmbito de proteção e as possíveis relações entre direito e a figura das restrições, entende que toda medida que seja proporcional (respeite o princípio da proporcionalidade) respeita o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim vinculando a garantia ao referido princípio, donde se conclui pela adoção da perspectiva relativa e de dimensão subjetiva³²⁴.

Antes de finalizarmos este tópico, compete-nos, com base nos posicionamentos doutrinários acima delineados, abordarmos a relação existente entre a garantia do conteúdo

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 461. Ao distinguir a garantia do conteúdo essencial daquela operada pelo princípio da proporcionalidade, Canotilho parece se filiar aos pressupostos das teorias absolutas, entretanto, quanto às perspectivas subjetiva e objetiva, não se pode afirmar ao certo o posicionamento adotado.

³²¹ MIRANDA, Jorge – *Direitos fundamentais*. pp. 374 e 375.

³²² NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. 798.

³²³ MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, op. cit. p. 43.

³²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 206 e 207.

essencial e o princípio da proporcionalidade, onde questionamos: é possível a diferenciação dogmática entre tais categorias? A resposta depende, como veremos, do posicionamento que se adote no que tange ao significado jurídico-constitucional da garantia do conteúdo essencial.

Partindo-se dos pressupostos relacionados às teorias absolutas, em especial de sua compreensão quanto à existência de um núcleo duro inerente aos direitos fundamentais, violar o conteúdo essencial de um direito perfaz-se algo distinto da violação do princípio da proporcionalidade, já que aquele constitui grandeza que se localiza no âmago do direito, impossível de se submeter ao referido princípio e ser sopesada³²⁵. Assim, na perspectiva das teorias absolutas, uma medida pode ser proporcional independente do seu tangenciamento para com o conteúdo essencial, mas será ilegítima em termos constitucionais por violá-lo, perfazendo-se garantias distintas. De outra banda, de acordo com as premissas das teorias relativas, resguardar o conteúdo essencial de um direito fundamental significa ter por intocável aquela parcela do âmbito de proteção, que após a ponderação entre bens, interesses e valores contrapostos, restou como assegurada, motivo pelo qual costuma a doutrina defender a equivalência entre as garantias do conteúdo essencial e do princípio da proporcionalidade (vedação do excesso)³²⁶.

Entretanto, caso tomemos o significado jurídico-constitucional propalado por posições mistas, caminho este proposto e enveredado por SCHNEIDER, que defende de maneira conjunta pressupostos das teorias absolutas e relativas, e confere também uma dimensão subjetiva à garantia, poderemos assim extrair alguma autonomia dogmática entre a ideia de conteúdo essencial e o princípio da proporcionalidade. Pois, naqueles direitos de liberdade em que SCHNEIDER logra identificar a configuração de um âmbito de autodeterminação individual intocável, dividindo a sua substância em zonas parcelares (uma zona periférica e uma zona

³²⁵ Neste sentido, DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. p. 64, nota: “*Wenn also der Bereich des “Kerns” als ein absolut geschützter angesehen wird, dann bedeutet das mit anderen Worten, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für diesen Bereich nicht gilt, dass dieser Bereich also insbesondere abwägungsfrei bestimmt wird*”. (Tradução nossa: “Então, quando o âmbito do centro é visto como absolutamente protegido, isso quer dizer com outras palavras que o princípio da proporcionalidade não se aplica a tal área, que esse âmbito é especialmente determinado livre de sopesamento”).

³²⁶ Reforçando a função protetiva da garantia e referindo-se à proporcionalidade, HIPPEL, Eike von – *Grenzen und Wesensgehalt...*, op. cit. p. 57, assevera que: “*Dieser Satz entspricht dem Sinn des Art. 19 Abs. 2, garantiert er doch einen optimalen Schutz der Freiheitsrechte (...)*”. (Tradução nossa: “Essa frase corresponde ao sentido do Art. 19, nº. 2, garante, portanto, uma proteção otimizada dos direitos de liberdade (...”). Também, MAYER, Matthias – *Untermaß, Übermaß...*, op. cit. pp. 178 e 179, nota que ao se observar o princípio da proporcionalidade respeita-se, de forma automática, o conteúdo essencial do direito, da mesma forma que ao violar aquele princípio, viola-se o conteúdo essencial, assim equalizando as garantias: “*In der verfassungsrechtliche und vor allem verfassungsgerichtlichen Praxis spielt die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG allerdings bisher praktisch keine Rolle, sondern ist von dem Verhältnismäßigkeitsprinzip überlagert*”. (Tradução nossa: “Na práxis jurídico-constitucional e sobretudo na da jurisdição constitucional não exerce a garantia do conteúdo essencial do art. 19, nº. 2, *Grundgesetz*, praticamente papel algum até hoje, senão que é sobreposta pelo princípio da proporcionalidade”).

nuclear), aplicam-se os elementos da proporcionalidade apenas à zona periférica (área sopesável), e aos direitos que exercem somente a função de defesa, cujo conteúdo assegurado pela via da ponderação já torna o princípio da proporcionalidade suficiente, não exerce o conteúdo essencial qualquer função complementar³²⁷.

De nossa parte, entendemos que ambas as garantias, tanto a da não violação do conteúdo essencial como a auferida pelo princípio da vedação de excesso (proporcionalidade) possuem suas próprias funções no âmbito da proteção dos direitos fundamentais contra restrições operadas pelo Poder Público. Às vezes a própria literalidade dos textos constitucionais nos direcionam a tal entendimento, como o disposto no art. 18º, nº. 2 e 3, Constituição da República Portuguesa de 1976, cuja linguagem constitucional diferencia entre a garantia da vedação do excesso (“limitar-se ao necessário”) e a salvaguarda do conteúdo essencial (“nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”). Sobre tal distinção, CANOTILHO assinala-a a partir de simples exemplo: com a proibição da pena de morte (art. 24º, nº. 2, Constituição da República Portuguesa de 1976), assevera que seu *leitmotiv* se encontra não apenas na consideração da pena como “apenas excessiva”, mas para além disso, no próprio fato de que após a sua incidência nada mais útil sobrarão ao conteúdo e ao exercício do direito³²⁸.

Inobstante, não consideramos ser apenas uma questão de diferenciação em termos de linguagem jurídico-constitucional positivada ou mesmo mera opção entre segmentos teórico-acadêmicos, mas antes uma questão de exigência garantística de reforço para os direitos fundamentais, no que se o texto constitucional consagra duas garantias como formas de controle das restrições incidentes sobre os direitos fundamentais (e aqui há de se levar em consideração que o princípio da vedação de excesso é decorrente do princípio fundamental do Estado de direito), deve-se interpretar a decisão constituinte de forma a que se atinja um grau ótimo de equilíbrio, de funcionalização e operacionalização entre os mecanismos protetivos. De toda forma, compreendemos que a melhor maneira de se buscar o desejado equilíbrio entre as garantias se torna possível a partir do posicionamento de SCHNEIDER que expusemos. Posicionamento este que aqui compartilhamos, em especial no que tange ao direito fundamental à liberdade religiosa, eis que direito de liberdade dotado de especificidades que exige um

³²⁷ Como bem observa SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 166: “*Wesensgehalt und Übermaßverbot sind nach all dem auseinanderzuhalten*”. (Tradução nossa: “Conteúdo essencial e proibição de excesso são, por tudo, mantidos separados”). Entretanto, na mesma página, Schneider faz uma ressalva e assevera que para algumas garantias específicas de liberdade, poderá a garantia do conteúdo essencial equivaler em significado ao princípio da proporcionalidade.

³²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. p. 461.

tratamento dogmático adequado quanto à possibilidade de fixação de um conteúdo essencial, sua diferenciação para com a garantia conferida pela vedação de excesso e as consequências dessa estipulação.

2.3.2. Fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa

Para que possamos proceder à fixação do conteúdo essencial do direito fundamental ora em discussão, partiremos da assunção do modelo teórico proposto por SCHNEIDER³²⁹ sobre o significado jurídico-constitucional da garantia. Mas, antes, faz-se necessário justificarmos a adoção de tais pressupostos teóricos e afirmarmos a sua não contradição com os pressupostos adotados ao início da investigação.

As especificidades do direito fundamental à liberdade religiosa, tal como a sua natureza espiritual (liberdade do espírito), a sensibilidade de sua substância (conteúdo etéreo-metafísico de justificação da vida), sua pluralidade multifacetária de externalização e sua ontológica estruturação na forma de *cluster right*, exigem que a sua garantia e proteção se deem da forma mais ampla possível, cumprindo exigências que são por óbvio reconduzidas ao princípio do Estado de direito de uma sociedade constitucional democrática e pluralista³³⁰. Portanto, a escolha por um segmento ou outro – teorias absolutas ou relativas – levaria o direito ou à sua inserção no contexto de uma justificação teórico-dogmática não correspondente à realidade³³¹ ou à diluição do seu conteúdo essencial em uma esfera sopesável³³², retirando qualquer significado à garantia constitucional e gerando considerável redução em seu nível de

³²⁹ Cfr. tópico 2.3.1.

³³⁰ Ao tratar do princípio do Estado de direito (*Rechtsstaatsprinzip*), HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. p. 89, afirma que a “liberdade” (*Freiheit*) integra um dos objetos de garantia do princípio, pelo qual se confere aos indivíduos um espaço livre de desenvolvimento e de autodeterminação, aí abrangendo a liberdade religiosa. Ainda, releva anotarmos que, dentre os pressupostos do significado jurídico-constitucional da cláusula do Estado de direito da Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 2º), considera OTERO, Paulo – *Direito constitucional português. 1º. v.: Identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 53 e 54, o elemento do “pluralismo de expressão”, donde extrai a necessidade de adoção de um modelo constitucional de “natureza aberta e participada” segundo um “princípio de tolerância”, posicionamento este que demonstra a indispensabilidade de uma ordem constitucional que proteja da forma mais ampla possível todas as expressões de liberdade dos indivíduos.

³³¹ A impropriedade da não correspondência à realidade a que nos referimos decorreria do fato de uma assunção global a que se procederia quando da adoção das teses absolutas do conteúdo essencial. Pois, de acordo com essa concepção teórica, todos os direitos fundamentais possuem um âmbito nuclear intangível e impossível de tangenciamento, o que implicaria um engessamento para a teoria dos direitos fundamentais como um todo, já que existem direitos cuja determinação abstrata deste conteúdo é de difícil, senão impossível, realização, dada a sua estrutura indiferenciável em distintas zonas de proteção. Neste sentido, e com vistas ao catálogo da *Grundgesetz*, SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 211, cita a “proibição de perda da nacionalidade”, cujo direito determina apenas uma competência negativa oposta ao Estado, sendo incabível a distinção de seu conteúdo em distintas zonas de proteção, uma periférica e outra central.

³³² Aqui, pela adoção dos pressupostos das teorias relativas, estaria em questão a redução da função do conteúdo essencial ao mero sopesamento a ser realizado sob a bitola do princípio da vedação de excesso (proporcionalidade).

proteção. Em consequência, ao adotarmos um posicionamento misto, tal qual SCHNEIDER, eliminamos as deficiências de uma e de outra teoria, auferindo uma proteção mais ampla e significativa ao direito fundamental à liberdade religiosa.

Insta, ainda, assentarmos a plena compatibilidade para com os pressupostos teóricos assumidos ao início da investigação, em especial no que tange ao modelo principiológico adotado e à teoria externa dos limites (restrições) aos direitos fundamentais. Como anota DREWS, uma das consequências principais do modelo estrutural-principiológico dos direitos fundamentais é a imprescindibilidade da ponderação de bens como método jurídico-constitucional de harmonização dos direitos, bens, interesses e valores protegidos, tarefa essa levada a cabo pelo princípio da vedação de excesso, especialmente ao nível do terceiro sub-elemento, a proporcionalidade *stricto sensu*³³³. Entretanto, como exposto acima, a assunção conjunta das teorias absolutas e relativas não elimina a operacionalização da ponderação de bens, mas apenas afasta a sua incidência sobre uma parcela do direito, a zona central que é considerada intangível.

Daí, poderíamos questionar: se a estrutura principiológica dos direitos fundamentais implica no caráter *prima facie* das posições jurídico-fundamentais que integram o seu conteúdo, como defender a existência de um núcleo duro, alheio a tal caráter? Em que pese ALEXY ter construído uma teoria dos direitos fundamentais partindo do modelo estrutural-principiológico, reconhece a possibilidade de as normas de direito fundamental possuírem um duplo caráter estrutural, qual seja, tanto de princípios como de regras³³⁴. A título de exemplo, ALEXY analisa a suposta irrestringibilidade do princípio da dignidade humana, veiculando uma justificação que parte do duplo caráter daquela, posto que, para este Autor, há duas normas da dignidade: a que se apresenta como regra e outra como princípio, sendo naquela inviolável e nesta última, sob determinadas circunstâncias, sopesável³³⁵. Destarte, ainda que partamos, como ALEXY, da defesa estrutural-principiológica das normas de direito fundamental, tal não afasta a viabilidade de que se distinga entre duas zonas de proteção, onde uma assume o caráter de regra (conteúdo essencial) e a outra o caráter de princípio (zona de incidência do princípio da vedação de excesso, então, sopesável).

³³³ DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. pp. 246 e 247.

³³⁴ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 141-144. Neste ponto, Alexy, para defender a possibilidade do duplo caráter das normas de direito fundamental, assevera a necessidade de uma reconstrução argumentativa da norma constitucional, onde se conjugaria a parcela normativa de regra e a parcela normativa de princípio (por meio da inserção de uma “cláusula restritiva” que assumisse a necessidade de sopesamento).

³³⁵ ALEXY, Robert – *Op. Cit.* pp. 111-114.

Naquilo que concerne à compatibilidade do posicionamento misto aqui adotado para com os pressupostos da teoria externa dos limites (restrições) a direitos fundamentais, a concepção subjacente àquilo que a doutrina germânica entende por “pensamento de intervenção e limites”, a partir da qual antes da incidência dos limites (restrições) há apenas o conteúdo *a priori* do direito, não obsta o reconhecimento de um núcleo irrestringível que se encontre localizado fora do limiar do âmbito de proteção *a priori*. Pois, pela natureza deste conteúdo dotado de proteção absoluta – a sua forte e imediata vinculação com o valor da dignidade humana, tornando-o qualitativamente definitivo –, acaba por constituir exceção à incidência de restrições como procedimento de configuração das posições jurídicas definitivas. Assim, adotar os pressupostos das teorias absolutas não implica em contradição com o que é defendido pela teoria externa dos limites (restrições) aos direitos fundamentais, donde, pelo contrário, a adoção conjunta com os pressupostos das teorias relativas torna viável a compatibilização das respectivas teses, já que a área de localização deste conteúdo *a priori* será a área suscetível ao sopesamento, submetendo as respectivas restrições operadas em tal zona ao controle da vedação de excesso.

Examinando agora a questão de fundo, ou seja, quanto à fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, entendemos, com SCHNEIDER, que tal direito integra o plexo de liberdades cuja estrutura substancial é complexa, o que permite a construção de seu âmbito de proteção em termos concêntricos, separando duas áreas definidas: o *forum internum* e o *forum externum*, onde o primeiro é integrado pelas faculdades inerentes à “liberdade interna” (crer ou não crer, escolher um dado segmento religioso, mudar de religião e optar por não aderir a alguma), e a segunda pelas faculdades da “liberdade externa”, implicando nas possibilidades de manifestação e divulgação de crenças³³⁶. A distinção estrutural realizada por SCHNEIDER tem por razão a consideração da essência funcional do direito fundamental, compreendendo que àquelas liberdades, cujo âmbito de proteção tem por função garantir um espaço de livre conformação individual, deve-se conferir proteção absoluta que recaia sobre o seu âmago, não podendo considerar o conteúdo periférico e o conteúdo essencial elementos idênticos³³⁷.

³³⁶ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 210. Nessa distinção estrutural (e funcional), Schneider (p. 215) divide os direitos de liberdade em “direitos de autodeterminação” (*Selbstbestimmungsrechte*) – aí incluída a liberdade religiosa – e “puros direitos de defesa” (*reine Abwehrrechte*) – destes sendo dessumíveis puras “pretensões de defesa” (*Unterlassungsansprüche*). Quanto à liberdade religiosa, Schneider (p. 208) resguarda-a como direito de liberdade capaz de conferir aos seus titulares “possibilidades de ações positivas” e “possibilidades de conformação” (*positive Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten*) da vida, *in casu*, a conformação de sua personalidade e sua vida de acordo com as próprias convicções religiosas.

³³⁷ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 197. Por outro lado, àquelas liberdades cuja essência funcional reside (apenas) na garantia de não-intervenção oposta ao Estado, tal qual a liberdade de

Ao fundo, um dos pontos fundamentais da tese de SCHNEIDER quanto à separação estrutural dos direitos fundamentais de liberdade está na respectiva esfera de socialidade do direito (o nível de interação social que o mesmo visa garantir em seu âmbito de proteção e a intensidade do reflexo sobre o contexto comunitário), donde tende a diferenciar entre a liberdade religiosa e outros direitos, como a liberdade de profissão (art. 12, GG) e o direito de propriedade (art. 14, GG)³³⁸. Neste sentido, a liberdade religiosa, como afirma SCHNEIDER, apesar de possuir um componente indispensável de conexão com a esfera social (o *forum externum*), possui intenção funcional direcionada ao âmbito individual de conformação da vida do que os demais direitos, tal qual a liberdade de associação (art. 9, GG), que possui uma intenção de coalisção inerente ao seu conteúdo³³⁹.

Desta feita, conclui SCHNEIDER que o conteúdo essencial das liberdades individuais voltadas à garantia de um diâmetro de conformação autodeterminante da vida é composto pela “mais elevada esfera pessoal de atividade intelectual” (*höchstpersönlichen Sphäre geistiger Tätigkeit*) do homem, sendo integrada pelos modos, posicionamentos e valorações mais pessoais de cada um³⁴⁰. Portanto, dada a natureza espiritual da liberdade religiosa, constitui seu conteúdo essencial aquela esfera de individualidade (*Individualsphäre*) em cujo âmbito compete apenas ao indivíduo valorar o fenômeno religioso, posicionar-se frente a ele e determinar o grau de influência sobre sua visão acerca da vida e do mundo. Trata-se, então, de proteção absoluta conferida ao *forum internum*³⁴¹, tornando as atividades de crer, não crer e conformar os atos da vida de acordo com suas crenças (se as houver)³⁴² como intangenciáveis perante a atuação estatal, em especial aquela realizada por meio de restrições a direitos. Retiram-se os elementos integrantes do conteúdo essencial do tráfego jurídico-constitucional sujeito a sopesamento, tornando constitucionalmente ilegítimas até mesmo restrições que

comunicação postal (art. 10, GG), uma divisão estrutural em zonas de proteção central e periférica não é possível (cfr. p. 259), deixando a sua proteção em face de restrições a cargo do princípio da proporcionalidade. Assim, para Schneider (pp. 262 e 263), a garantia do conteúdo essencial destes direitos, cuja função é tão somente de defesa, é satisfeita quando respeitadas todas as etapas de controle do princípio da proporcionalidade.

³³⁸ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 230.

³³⁹ *Ibidem*. p. 230. Nesta senda, Schneider (p. 231) assevera que essas liberdades que visam a garantia da conformação livre e autônoma da vida, tal como a liberdade religiosa, assim são compreendidas devido ao seu desenvolvimento que se dá “de dentro para fora” (*daß sie sich von innen nach außen entwickeln*), ou seja, do seu âmago individual para o periférico coletivo, daí sendo viável a distinção entre duas zonas de proteção.

³⁴⁰ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 231.

³⁴¹ Assim, seguindo Alexy, MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 220, assevera encontrar no *forum internum* da liberdade religiosa uma “posição jurídica de conteúdo definitivo”, indicando, ainda que não de forma expressa, a identificação do conteúdo essencial (absoluto) do direito.

³⁴² Sobre a conformação dos atos da vida de acordo com as crenças professadas, consideramos integrado ao conteúdo essencial do direito somente aquela parcela do âmbito de proteção relacionada à conformação moral da vida do titular, já que a concretização de atos externos integra a zona da manifestação (*forum externum*), aí sujeitando-se ao sopesamento.

passem pelo crivo da vedação de excesso³⁴³. Em termos de fundamentação, acresça-se a direta vinculação existente entre o conteúdo essencial da liberdade religiosa e o valor da dignidade da pessoa humana, desta deduzindo SCHNEIDER os “núcleos de liberdade” (*Freiheitskern*) dos direitos fundamentais³⁴⁴.

A fundamentação pelo valor da dignidade humana – não apenas do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, mas da própria existência e autonomia da garantia – há muito fora aventada e defendida pela doutrina germânica, na esteira de Günther DÜRIG. Como informa DREWS, de acordo com a tese de DÜRIG, o conteúdo essencial (absoluto) dos direitos fundamentais corresponderia ao seu respectivo “conteúdo de dignidade humana” (*Menschenwürdegehalt*), cuja violação ocorreria quando se relegasse o indivíduo à condição de mero objeto da atividade estatal³⁴⁵. No que concerne à liberdade religiosa, a parcela de seu âmbito de proteção que garante a livre conformação e atuação da vida individual em relação às crenças religiosas decorre de imediato do valor da dignidade humana, eis que é pelo reconhecimento deste valor que se permite ao homem a livre justificação espiritual de sua existência e de sua trajetória de vida³⁴⁶. Ainda, deduzir o conteúdo essencial da liberdade religiosa do valor da dignidade humana possui não apenas uma conexão em termos de substância, senão também uma relevante razão de ser, qual seja, a da proteção absoluta – livre de ponderações – que se lhe exige³⁴⁷.

³⁴³ Aqui, fazemos referência a situações que, por mais que visem a legítima restrição de posições jurídicas que integram a zona periférica do direito fundamental à liberdade religiosa (*forum externum*), acabam, ainda que de forma indireta, por tangenciar o conteúdo essencial, passando aí a ser controladas pela esteira dessa garantia constitucional inviolável.

³⁴⁴ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 235.

³⁴⁵ DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. p. 241. Como observa Drews, a principal crítica oposta à tese de Dürig foi a da excessiva vagueza da “fórmula do objeto” (*Objektformel*), posto que de contornos de difícil e abstrato delineamento. Porém, como resposta à crítica, Drews (p. 242) assevera que a fórmula oferecida por Dürig não deveria ser compreendida de forma literal, mas sim como integrada por aquelas situações em que o indivíduo sofre a “privação das possibilidades de decisão, autodeterminação e conformação pessoal” (*Abschneidens von Möglichkeiten persönlicher Entscheidung, Selbstbestimmung und Gestaltung*).

³⁴⁶ Nessa relação entre a compreensão da liberdade religiosa como possibilidade de ação e conformação autodeterminante da vida e a dignidade humana, assevera KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*. p. 451: “(...) este dever para com Deus (em bom rigor para com a ideia que nós concebemos de um tal Ser) é dever do homem para consigo próprio, quer dizer, não é um dever objectivo, consistente na obrigação de prestar a outro certos serviços, mas tão-somente um dever subjectivo, o dever de fortalecer o móbil moral na nossa própria razão legisladora”.

³⁴⁷ Sobre o tradicional pensamento da imponderabilidade da dignidade da pessoa humana na doutrina germânica, cfr. DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. pp. 244-246. De toda forma, importa ressaltarmos que, em que pese a forte vinculação existente entre a dignidade do homem e a proteção do conteúdo essencial de alguns direitos fundamentais de liberdade, em especial a liberdade religiosa, SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 193, reconhece, frente à tese de Dürig, que a função da garantia do conteúdo essencial não se esgota na proteção do conteúdo de dignidade humana dos direitos fundamentais. De nossa parte, consideramos que o argumento da fundamentação do conteúdo como reflexo do valor da dignidade humana constitui apenas um argumento de reforço à justificação de sua irrestingibilidade. Dada a fundamentalidade e essencialidade dos direitos constitucionais de liberdade, todos podem, de uma forma ou de outra, ser reconduzidos àquele valor, mas nem todos podem (e nem devem) ser considerados irrestingíveis em

Dessarte, aquela parcela do conteúdo do direito fundamental à liberdade religiosa que estiver, por essência, vinculada ao valor da dignidade humana, em especial a opção por crer, se conformar em termos morais perante a doutrina religiosa professada e optar por mudar de religião, encontra-se acobertada pelo manto jurídico-constitucional da irrestringibilidade, e, portanto, da garantia de não afetação, perfazendo-se não sopesável.

Note-se que, apesar da relevância da proteção (absoluta) conferida à esfera individual de conformação e autodeterminação como conteúdo essencial da liberdade religiosa, dada a sua ontológica conexão com os elementos da individualidade e intimidade, não se deve olvidar a indispensável proteção a ser conferida à zona de intersecção para com a esfera social deste direito, naquilo que toca aos reflexos comunitários indispensáveis ao seu exercício e que devem integrar a esfera da essencialidade³⁴⁸. Neste ponto, SCHNEIDER defende a integração de dois elementos expressivos da liberdade religiosa ao respectivo conteúdo essencial: a liberdade de publicação de cunho religioso e o direito de realizar atividades missionárias³⁴⁹.

No que tange à zona periférica da liberdade religiosa, ou seja, as faculdades abarcadas pelo *forum externum* (manifestações externas em geral), apesar de reconduzível ao valor da dignidade humana e também responsável pelo asseguramento de uma esfera livre de conformação e autodeterminação individual, concretiza-se em atos externos àquele núcleo intangível de intimidade, entrando desde a externalização de seu conteúdo em contato com outras manifestações jurídico-constitucionais fundamentais, conduzindo-os à necessidade de compatibilização no tráfego jurídico-constitucional, tarefa essa levada a cabo por meio da imposição de restrições como resultado de um legítimo labor de sopesamento³⁵⁰.

Ainda que estejamos a defender um significado absoluto-relativo ao conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, consideramos também uma outra função

determinada parcela de seu conteúdo. O argumento da recondução ao valor da dignidade humana deve ser utilizado com clareza e parcimônia em sede de justificação, sob pena de causar o perigo de imersão no vazio retórico da essencialidade dos direitos e do seu engessamento num tráfego jurídico-constitucional que por natureza deve se manter dinâmico.

³⁴⁸ Neste sentido, SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 236, atenta para o fato de que o âmbito “supra-individual” não deve ficar de todo fora da esfera de proteção do conteúdo individual (essencial), pois, também pela bitola da intangibilidade da dignidade humana, deve-se vedar ao Estado o isolamento/confinamento do indivíduo, proibindo-se o seu alijamento da esfera sócio-comunitária.

³⁴⁹ SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 243. Entretanto, Schneider ressalva a realização de propaganda de cunho religioso por meios ilícitos, excluindo-a do conteúdo essencial do direito. Aqui, discordamos, ao menos de forma parcelar, de Schneider, pois, inobstante a relevância de tais atos (publicidade religiosa e atividades missionárias) para a própria integridade do direito, tratam-se de atos de manifestação externa, cujos reflexos devem ser submetidos à harmonização para com os demais direitos, bens, valores e interesses integrantes do tráfego jurídico-constitucional, deslocando-os, portanto, em direção ao sopesamento, e, portanto, a restrições controladas sob a bitola do princípio da proporcionalidade encontra-se defendida por Schneider (*Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 226) sob a ideia da tarefa geral da ordem jurídica quanto à “conformação da vida social” (*Die Gestaltung des Soziallebens*).

³⁵⁰ A submissão da zona periférica do âmbito de proteção da liberdade religiosa ao sopesamento, e, portanto, a restrições controladas sob a bitola do princípio da proporcionalidade encontra-se defendida por Schneider (*Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 226) sob a ideia da tarefa geral da ordem jurídica quanto à “conformação da vida social” (*Die Gestaltung des Soziallebens*).

adicional de tal garantia: a institucional. A conexão do pensamento institucional com a garantia do conteúdo essencial visa defender a indispensabilidade da proteção de um “núcleo existencial” (*Kernbestand*) para certos direitos, evitando que sua regulação pelo legislador não seja convertida em tarefa de transfiguração do direito como instituto³⁵¹. Assim, à garantia do conteúdo essencial da liberdade religiosa também deve ser conferido um significado institucional que proteja a parcela do plexo normativo-substancial do direito fundamental que sustenta a sua própria existência, donde referenciamos os princípios da laicidade, neutralidade e aconfessionalidade como o respectivo “núcleo existencial”, sem o qual a dinâmica do fenômeno religioso se tornaria impossível³⁵². Arelado a esta faceta institucional, visualizamos também a autodeterminação doutrinária conferida às igrejas, comunidades e confissões religiosas como elemento integrante do conteúdo essencial, pois se restringível fosse, estar-se-ia relegando o direito fundamental ao alvedrio conformador do Estado. Daí, conclui-se que não apenas a zona do *forum internum* se torna intangível, mas também o direito de autodeterminação doutrinária³⁵³ dos coletivos religiosos integra tal conteúdo sob o viés do significado institucional³⁵⁴.

A título de exemplificação, colacionamos dois exemplos sobre o efeito concreto operado pela garantia do conteúdo essencial da liberdade religiosa: primeiro, medidas estatais que, ainda que intentem ser empreendidas sob uma hipotética razão de proteção de segurança do Estado, visem o questionamento coativo de indivíduos acerca da religião professada devem ser de pronto obstadas, eis que acometidas de plena inconstitucionalidade por violação ao conteúdo essencial da liberdade religiosa na perspectiva substancial do *forum internum* (ninguém pode ser coagido a declarar sobre a sua fé); e segundo, medidas estatais que, sobre uma hipotética razão de proteção da ordem democrática e de segurança pública, procedam a investigações e controle interno de igrejas, comunidades e confissões religiosas pelos respectivos serviços secretos ou agências de inteligência estatal, devendo-se considera-las inconstitucionais por violação da garantia do conteúdo essencial em sua perspectiva institucional, pois acabam por afetar a autodeterminação doutrinária dos coletivos religiosos³⁵⁵.

³⁵¹ Neste sentido, SCHNEIDER, Ludwig – *Der Schutz des Wesensgehalts...*, op. cit. p. 195, visualiza a função de garantia institucional do “núcleo existencial” do art. 33, n.º. 5, GG, com relação ao funcionalismo público alemão.

³⁵² Não só a dinâmica do fenômeno, mas antes o próprio pluralismo religioso seria obstado.

³⁵³ Fizemos menção apenas à autodeterminação doutrinária pelo fato de que, por motivos óbvios, a autodeterminação institucional (autoadministração e autogestão) encontra-se submetida à necessidade de compatibilização com os demais direitos, bens, valores e interesses protegidos ao nível jurídico-constitucional, localizando-se, assim, na zona periférica do direito.

³⁵⁴ Para a identificação do conteúdo central (*Zentralgehalt*) da liberdade religiosa no contexto institucional do direito, cfr. PAGELS, Carsten – *Schutz- und förderpflichtrechtliche...*, op. cit. pp. 201 e ss.

³⁵⁵ NÈVE, Dorothée de – Op. Cit. p. 177, noticia questão em que o Tribunal Administrativo de Berlim considerou inconstitucional a manifestação da Administração daquele distrito acerca das atividades da Igreja da Cientologia.

Isto posto, identificamos a composição do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa da seguinte forma: *a)* de acordo com o significado subjetivo de proteção, é integrado pelas faculdades inerentes ao *forum internum* do direito; *b)* de acordo com o significado subjetivo-institucional, é integrado pela autodeterminação doutrinária das igrejas, comunidades e confissões religiosas; e *c)* de acordo com o significado objetivo-institucional, é integrado pelos princípios da laicidade, neutralidade e aconfessionalidade, compreendidos aqui sob o dever geral de neutralidade estatal. De toda forma, e em todos elementos integrantes do conteúdo essencial, a proteção conferida deve ser absoluta.

Ao emitir declaração em que afirmara o (suposto) perigo das atividades religiosas daquela igreja para a liberdade dos cidadãos, opôs evidente restrição inconstitucional à liberdade religiosa, comprimindo não apenas a autodeterminação doutrinária daquela confissão, mas também violando o mandado constitucional da neutralidade. De nossa parte, não obstante, há que se diferenciar entre a mera suspeita da prática de atos atentatórios à segurança pública da sociedade e a existência de indícios concretos neste ponto, sob pena de que o governo proceda a um controle ablativo do exercício da liberdade religiosa das igrejas, comunidades e confissões, aviltando por decerto o conteúdo essencial deste direito. Assim, MACHADO, Jónatas – A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. 72 (1996), p. 256, assevera que, naquilo que tange à atuação das agências de informação e segurança do Estado sobre as atividades de confissões religiosas, em especial as minorias religiosas, muitas vezes estereotipadas sob a insígnia das seitas, deve-se observar o dever de concordância prática para com os diversos direitos, bens, valores e interesses constitucionais em jogo, onde “nem a igual liberdade religiosa dos cidadãos nem a segurança da comunidade podem ser postas em causa”. Entretanto, alertamos para o fato de que, naquilo que se deve pôr no tráfego da concordância prática, apenas os bens, valores e interesses constitucionais confrontados pelos referidos indícios concretos de atos inconstitucionais das igrejas, comunidades e confissões religiosas é que podem ser postos em sopesamento. Em havendo mera suspeita, a intervenção estatal por meio de seus agentes de informação e vigilância secreta constitui patente violação da garantia do conteúdo essencial.

3. PROTEÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL E QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

3.1. Proselitismo no limiar do âmbito de proteção?

O questionamento que serve de epígrafe atenta para o fato de que, tendo em vista a contínua má compreensão da qual é objeto, o conceito de proselitismo acaba por se encontrar vinculado à ideia de excesso, algo que em tese o empurraria para os limites (esfera das restrições) do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, excluindo-o de chofre da respectiva esfera de conteúdo protegível³⁵⁶. Entretanto, em plena coerência com os pressupostos teóricos adotados *supra* (amplo âmbito de proteção, estrutura principiológica das normas de direito fundamental e teoria externa das restrições a direitos fundamentais), todo e qualquer ato proselitista integra o âmbito de proteção (*a priori*) da liberdade religiosa.

O proselitismo religioso, como ato de externalização de crenças religiosas no contexto do fluxo intersubjetivo de comunicação, compõe parte indubitável do suporte fático do direito fundamental à liberdade religiosa, integrando o conteúdo do direito em sua dimensão subjetiva (individual e coletiva)³⁵⁷. Como núcleos estruturais da ideia de proselitismo, encontram-se as posições jurídicas de manifestação, divulgação e difusão de crenças religiosas abarcadas pelo âmbito de proteção daquele direito³⁵⁸, cuja razão de ser está na própria sobrevivência do fenômeno religioso³⁵⁹.

³⁵⁶ STAHNKE, Tad – Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law. *Brigham Young University Law Review*. Utah: J. Reuben Clark Law School. ISSN 0360-151X. Vol. 1999, n.º 1 (1999), p. 255, assevera que o termo “proselitismo” possui inúmeras conotações negativas, citando, a título de exemplo, que para a Igreja Católica Romana, seu significado é atrelado à ideia de “perversão”, cujas ações são compreendidas como impróprias. Ao contrário, para tal segmento religioso, os atos de manifestação e persuasão acerca da fé professada, direcionados à conversão de outrem, são vistos como genuínos deveres da “testemunha Cristã” (*Christian witness*).

³⁵⁷ Em geral, dada a semântica aberta dos textos constitucionais, os dispositivos que consagram o direito fundamental à liberdade religiosa não fazem menção expressa aos citados núcleos de ação (manifestar, divulgar e difundir). Entretanto, a amplitude protetiva com que se dota o suporte fático e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, em especial a partir dos assumidos pressupostos do modelo estrutural-principiológico e da teoria externa de restrições, tais posições jurídicas se quedam abarcadas pelo referido direito. Já no âmbito infraconstitucional, sua menção costuma ser expressa (cfr., em Portugal, art. 8.º, “d” – “expressar e divulgar livremente” –, “e” e “i”, Lei n.º 16/2001, e em Espanha, art. 2.º, “c”, Lei Orgânica n.º 7/1980 – “receber e transmitir”), bem como no contexto internacional (art. 18, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; art. 18 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966; art. 6.º, “d”, “e” e “i”, Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções de 1981).

³⁵⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 117.

³⁵⁹ A questão do proselitismo como essencial à sobrevivência do próprio fenômeno religioso constitui em si um elemento de *feedback* do sistema normativo-constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa. Pois, ao mesmo tempo em que é a própria garantia de liberdade que possibilita a ativação daqueles núcleos de ação (manifestar, divulgar e difundir), é pelo fluxo ativo desses comportamentos sócio-comunicativos que o valor da

No âmbito da teórica e dogmática dos direitos fundamentais, releva notarmos o entrelaçamento que se dá entre a liberdade religiosa e a liberdade de expressão no contexto do proselitismo religioso. Apesar de a substância da ação (dados religiosos) integrar o conteúdo do primeiro, a sua essência (expressão) e função (comunicação) integram o conteúdo do segundo, já que tendente à expressão de uma mensagem de cunho religioso³⁶⁰. Entretanto, saliente-se que a proteção constitucional auferida ao proselitismo decorre daquela deduzida do conteúdo do direito fundamental à liberdade religiosa como *lex specialis*, eis que, dada a concorrência substancial na questão, caberá ao “direito fundamental especial” proteger as respectivas posições jurídicas³⁶¹.

Dois pontos fundamentais inerentes ao proselitismo devem ser aqui mencionados, quais sejam, a sua função (comunicar dados de cariz religioso direcionados à expansão da esfera cognoscível da crença propalada) e seu objetivo (a persuasão intercomunicativa direcionada à expansão da esfera subjetivo-institucional do segmento religioso a que se vincula, visando, assim, o aumento do número de fiéis e a estabilização da sua força institucional no mercado religioso)³⁶². Quanto à sua função, o proselitismo consagra a concreta simbiose entre o exercício da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, impedindo que esta última seja enclausurada e engessada no contexto privado de seu exercício, e assim possibilitando que os argumentos estruturados em dados de ordem religiosa possam influenciar a formação de opiniões no fluxo comunicacional intersubjetivo.

Em que pese a (aparente) normalidade do seu exercício como ato reflexo de uma esfera jurídico-comunicacional da vida, é no contexto de seu objetivo que o ato proselitista suscita maiores problemas, posto que, no âmago do intuito persuasivo que lhe é inerente, a qualidade

liberdade é realimentado e reforçado, permitindo a constante otimização do *quantum* de pluralismo religioso desejável a uma sociedade democrática, pluralista e inclusiva.

³⁶⁰ Sobre a liberdade de expressão, BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues – *Liberdade de expressão e honra das figuras públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 27 e 28, salienta constituir um *cluster right* ao englobar as diversas “liberdades de comunicação”, tais como a liberdade de opinião (liberdade de expressão *stricto sensu*), a liberdade de informação, liberdade de radiodifusão e as liberdades de aprender e ensinar.

³⁶¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Op. Cit.* p. 157. Conquanto, releva notarmos que a ideia de proselitismo, ainda que o vocábulo carregue por essência conotações religiosas, é também válida no âmbito da esfera de manifestação do pensamento de pessoas que não professam qualquer religião ou crença religiosa, onde o “não crente” intenta persuadir o “crente” a mudar de opinião quanto ao fenômeno religioso – por exemplo, conduzindo-o à zona do ateísmo ou mesmo ao agnosticismo. Aí, não se deve falar em atitude proselitista como ato específico vinculado ao exercício do direito fundamental à liberdade religiosa, mas sim como ato decorrente do exercício da liberdade de expressão, não operando, neste ponto, a relação de *lex specialis* acima referida. Neste sentido, STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. p. 256, atenta para o fato de o proselitismo não implicar que o praticante do ato possua uma crença religiosa, podendo mesmo ser ateu ou agnóstico.

³⁶² Assim, STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. p. 256, assevera que o conceito de proselitismo envolve ao menos dois elementos principais: a conduta intencional vinculada a um objetivo específico e a tentativa de persuasão que visa convencer outrem a abandonar suas crenças (ou ideologias).

do discurso é, em substância, caracterizada pela defesa de uma verdade incontestável³⁶³. Como nota GARNETT, ao objetivo do proselitismo subjaz a pretensão direcionada à “mudança de opiniões” (*changing minds*), cujo ato de persuasão leva consigo a intenção em demonstrar e convencer outrem sobre a retidão da crença apresentada³⁶⁴.

A atividade proselitista envolve algumas dimensões jusfundamentais do exercício do direito fundamental à liberdade religiosa que não podem escapar à observação, senão vejamos. O ato comunicativo de manifestação intersubjetiva se realiza mediante a relação entre dois polos distintos, a “fonte” (*source*) e o “alvo” (*target*), cada qual com pretensões relevantes do ponto de vista jurídico e abarcadas pelo âmbito de proteção do referido direito³⁶⁵. De um lado, aquele que pratica o ato proselitista, além do evidente exercício (geral) das liberdades de expressão e manifestação religiosas, possui também a liberdade de informar outrem acerca de suas crenças³⁶⁶. De outra banda, o “alvo” do proselitismo encontra-se munido de uma pleora de pretensões que podem operar tanto a favor daquela prática, tal como a liberdade de mudar de religião e a liberdade de ser informado, como contra a mesma militar (como razões de restrição), sob a proteção da liberdade de manter sua religião e a liberdade de não ser lesado ou injuriado em seus sentimentos religiosos³⁶⁷.

Operando em favor da prática proselitista, a liberdade de mudar de religião, elemento que integra o âmbito de proteção da liberdade religiosa, envolve o livre exercício da

³⁶³ A sensível questão da exclusiva veracidade do discurso, que em verdade constitui elemento essencial de todo o discurso religioso ao longo da história e razão pela qual o homem vivenciou inúmeras guerras religiosas, acaba por depender, no contexto do proselitismo, do valor que este último possui no seio de cada religião. Atentando para a questão, STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. pp. 256 e 257, afirma que, enquanto para alguns segmentos religiosos, tal como para os balineses, onde suas crenças religiosas estão vinculadas a traços étnicos e à herança nacional (adoração a ancestrais da mesma etnia), tornando o proselitismo algo pouco desejável ou mesmo lógico, para outras religiões, como os evangélicos luteranos e os muçulmanos (inobstante para a religião islâmica não serem permitidas a apostasia e o proselitismo externo praticado sobre seus próprios fiéis), uma especial característica do ato proselitista é o discurso que defende suas respectivas crenças como o único e exclusivo caminho para a verdade e para a salvação, o que carrega o perigo de conversões forçadas, perseguições e conflitos religiosos.

³⁶⁴ GARNETT, Richard W. – *Changing Minds: Proselytism, Freedom, and the First Amendment*. *University of St. Thomas Law Journal*. Minnesota: University of St. Thomas. ISSN 1065-318X. Vol. 2, n.º. 2 (2005), pp. 457. Garnett (cfr. pp. 461 e 462) compreende o proselitismo como um movimento dinâmico de comunicação de ideias, em cujo bojo se encontram ações-chave como a promoção (*advocacy*), a persuasão (*persuasion*) e a conversão (*conversion*), numa complexa transação e troca de informações onde alguém intenta modificar a opinião de outrem ao defender a veracidade do conteúdo do seu discurso, merecendo assim proteção pela via da liberdade de expressão e da liberdade religiosa.

³⁶⁵ STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. pp. 275 e ss.

³⁶⁶ Importa notarmos que, sob a proteção da liberdade de expressão, a liberdade de informar se encontra atrelada à própria essência funcional que possui no âmbito de uma sociedade livre, democrática e pluralista, cujo tráfego livre de ideias se direciona, como nota GARNETT, Richard W. – *Changing Minds...*, op. cit. pp. 459 e 461, à busca e revelação da verdade e do conhecimento. Assim, no contexto de uma desejável proteção ampla do fenômeno religioso, permitir o livre fluxo de ideias religiosas e conferir uma ampla garantia ao direito de informá-las e sobre elas ser informado constitui benfeitoria à construção de um hígido pluralismo religioso.

³⁶⁷ STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. pp. 280 e ss.

autodeterminação pessoal e do desenvolvimento da personalidade a fim de que o indivíduo se posicione, seja de forma positiva e/ou negativa, frente às crenças religiosas existentes, competindo-lhe a exclusiva decisão sobre a eventual mudança de religião professada e a professar, sem que nada nem ninguém possa lhe opor resistência³⁶⁸. Para tanto (possibilitar o exercício da liberdade de mudar de religião), faz-se necessária a existência de um livre tráfego de informações (liberdade de informar e de ser informado) direcionado à ampliação da zona de cognoscibilidade sobre dados religiosos (crenças), o que acaba por demonstrar a interconexão entre as liberdades de informação, de ser informado e de mudar de religião no contexto da prática do proselitismo.

Como pretensões de oposição – e restrição – ao proselitismo, as liberdades de manter a religião e de não ser violado em seus sentimentos religiosos, também abarcadas pelo âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, visam a garantia da capacidade e da competência individual de cada qual em decidir sobre a manutenção das crenças professadas, impedindo que o ato proselitista as force ou as exija mudar de religião³⁶⁹. Quanto ao direito de manter a religião professada, concordamos com GUERREIRO ao asseverar não haver dificuldades para reconhecer a sua evidente justificação, pois ao se reconhecer o direito de mudar de religião, lógico é que se reconheça o direito à sua manutenção³⁷⁰. No que tange ao direito de não ser violado em seus sentimentos religiosos, subjaz aqui a necessidade de proteção

³⁶⁸ Do ponto de vista jurídico-constitucional da liberdade religiosa, a liberdade de mudar de religião encontra-se protegida pelo respectivo âmbito de proteção ainda que não consagrada, de forma expressa, na maioria dos textos constitucionais, mas sim em legislações infraconstitucionais de desenvolvimento e regulação (cfr., em Portugal, art. 8º, “b”, Lei nº. 16/2001; em Espanha, art. 2º, nº. 1, “a”, Lei Orgânica nº. 7/1980). Em termos de justificação teórica e jusfilosófica, se a liberdade religiosa visa resguardar um âmbito de autodeterminação individual frente ao fenômeno religioso, negar a possibilidade de mudança de crença religiosa seria, acima de tudo, um contrassenso, uma vez que, ao invés de se garantir ao indivíduo uma perene e inalienável faculdade de posicionamento em matéria de religião, estar-se-ia conferindo apenas uma única possibilidade e um único momento de decisão, engessando-o *ad infinitum* no âmbito da crença escolhida (e caso não tenha adotado alguma, o impediria de mudar de opinião e passar a professar determinada crença). Entretanto, por mais que esteja a liberdade de mudar de religião justificada, não podemos olvidar os problemas que suscita em termos do valor conferido por cada segmento religioso a tal possibilidade, o que tem gerado certo dissenso sobre a sua adoção expressa em documentos jurídicos internacionais. A título de exemplo, alguns documentos abarcam de forma expressa a liberdade de mudar de religião como conteúdo do direito fundamental à liberdade religiosa, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. 18), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 9º, nº. 1), a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 12, nº. 1) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 10, nº. 1), enquanto outros a preveem apenas de forma implícita, como o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (art. 18) e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções de 1981 (art. 1º). A problemática aqui subjacente é que alguns países, em especial os que adotam a religião islâmica de forma oficial ou que a possuem como religião majoritária e dominante, se opõem com veemência à garantia da liberdade de mudar de religião, já que proíbem aos seus fiéis a prática da apostasia, como informa DANCHIN, Peter G. – *Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law*. *Harvard International Law Journal*. Cambridge: Harvard Law School. ISSN 0017-8063. Vol. 49, nº. 2 (2008), p. 270.

³⁶⁹ DANCHIN, Peter G. – *Of Prophets and Proselytes...*, op. cit. p. 272.

³⁷⁰ GUERREIRO, Sara – *As Fronteiras da Tolerância...*, op. cit. p. 58.

do valor objetivo das crenças religiosas em geral, evitando que a livre circulação de ideias de cunho religioso, sob a prática do proselitismo, legitime práticas ofensivas e abusivas. Ressalte-se, entretanto, que tais pretensões às vezes são utilizadas como forma dirigida ao impedimento ou proibição do proselitismo³⁷¹, o que consideramos excessivo, dado que, como alerta STAHNKE, aquele não implica a necessária conversão ou aceitação por parte de outrem das crenças externalizadas, ainda que o seu intuito seja persuasivo³⁷².

Dadas as contrapostas pretensões jurídico-fundamentais existentes no contexto do proselitismo, mister compreendermos as razões e possibilidades de sua restrição. O primeiro ponto a ser considerado concerne ao possível “excesso discursivo” no contexto das práticas proselitistas, onde questionamos, por exemplo, a legitimidade dos discursos ofensivos, depreciativos e/ou que incitem o ódio (*hate speech*)³⁷³. Aqui, deve-se distinguir entre duas dimensões relevantes e instrumentais ao proselitismo: a da argumentação dotada de força crítica e a da argumentação ofensiva, depreciativa e/ou difamatória, onde ambas querem cumprir a função de demonstrar que a crença que se manifesta possui mais valia do que aquela sobre a qual se dirige o discurso empenhado.

No que tange ao discurso crítico, concordamos com STAHNKE quando afirma que a questão é sensível, pois na maior parte das práticas de proselitismo religioso é natural que as tentativas de persuasão envolvam argumentos que visem demonstrar a incorreção ou inveracidade das crenças professadas pela pessoa-alvo, tornando-se provável a utilização de fortes expressões que reforcem a intenção de conversão e ampliem as chances de alcançá-la³⁷⁴. Assim, questiona-se: até que ponto é legítimo o discurso proselitista que utiliza argumentação de forte expressão crítica?³⁷⁵ Em essência, a legitimidade de todo discurso crítico é *a priori* incontestável, pois a liberdade de base (liberdade de expressão) deve servir ao embate e à

³⁷¹ Neste sentido, alerta DANCHIN, Peter G. – *Of Prophets and Proselytes...*, op. cit. p. 289, sobre os problemas advindos de medidas estatais que, sob a ideia de proteção dos “sentimentos religiosos” contra ofensas, proibem atos de “blasfêmia”.

³⁷² STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. p. 256. No mesmo sentido, GARNETT, Richard W. – *Changing Minds...*, op. cit. pp. 461 e 462, assevera que a mudança de religião, quando produto de atividade proselitista, depende, de toda forma, da aceitação daquele que recebe a informação, já que o proselitismo não deve envolver coerção.

³⁷³ Nesta senda, DANCHIN, Peter G. – *Of Prophets and Proselytes...*, op. cit. pp. 292 e ss., comentando acerca de um caso ocorrido na Dinamarca, em que um jornal local publicou uma edição em 2005 com doze caricaturas representativas de Maomé, que foram consideradas ofensivas e suscitaram diversas manifestações violentas por parte do mundo islâmico, atenta que a resposta estatal à proteção de discursos mais críticos (e até mesmo ofensivos) depende do valor conferido por cada Estado à ideia de pluralismo religioso e dos direitos envolvidos em cada situação.

³⁷⁴ STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. p. 291.

³⁷⁵ A título de exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América no julgamento de *Cantwell v. Connecticut* – 310 U.S. 296 (1940) – considerou protegida pela liberdade religiosa a prática proselitista de adeptos da religião “Testemunha de Jeová” que proferiram discurso que atacava de maneira crítica a Igreja Católica Romana.

lapidação de ideias, não sendo viável a sua compressão pela mera presença de elementos de divergência crítica. Entretanto, a sua restringibilidade se evidencia de acordo com a proximidade dos argumentos em relação ao seu limiar, o *hate speech* religioso.

Para além do (mero) discurso crítico, o tratamento jurídico do discurso ofensivo, difamante e/ou depreciativo (*hate speech*) suscita inúmeras complicações³⁷⁶. Como bem assentado pelo *Justice Brennan* no *case Texas v. Johnson*: “se existe um princípio fundamental subjacente à primeira Emenda, é que o governo não deve proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a compreende em si mesma como ofensiva ou desagradável”³⁷⁷. Por mais que a regulação do *hate speech* dependa de inúmeros fatores, em especial do significado e da concepção valorativa conferida à liberdade expressão por cada Estado³⁷⁸, consideramos relevante o parâmetro de controle oferecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Chaplinsky v. New Hampshire* – 315 U.S. 568 (1941) –, que na esteira de um *definitional balancing*³⁷⁹, estabeleceu como exceção à proteção da primeira Emenda o discurso dotado de palavras que possuam por objetivo “causar ou incitar a ruptura da paz pública” (*causing injury or inciting a breach of public peace*) e que não sejam dotadas de “valor intelectual”, donde o Tribunal logrou a construção da doutrina da “*fighting words*”³⁸⁰.

A ideia central subjacente à doutrina construída pela *Supreme Court* no referido *case* está na premissa da ampla proteção conferida à liberdade de expressão, aí incluído o *hate speech*. Entretanto, em sendo aferida a intenção de causar injúria ou incitar violência a terceiro,

³⁷⁶ Atentando para os perigos decorrentes da proteção e da vedação absoluta do *hate speech*, MASSARO, Toni M. – Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma. *William & Mary Law Review*. Williamsburg: William & Mary Law School. ISSN 0043-5589. Vol. 32, nº. 2 (1991), pp. 214 e 215, assinala que, de um lado, proteger discursos ofensivos e depreciativos em determinados ambientes sensíveis, tais como locais de trabalho e escolas, pode suscitar respostas violentas e situações de periculosidade, enquanto a sua proibição ou regulação excessiva pode desembocar em situações de censura e/ou discriminação, o que também pode provocar desestabilizações e rupturas sociais. Ainda (p. 215), Massaro salienta que, em casos de regulação do *hate speech*, algumas normas jurídicas, dada a amplitude, vaga e indeterminação (intencionais ou não por parte do órgão legiferante), podem causar um *chilling effect*, ou seja, um efeito de desestímulo nas pessoas, eis que sob o receio de não saberem ao certo se dado discurso é permitido ou proibido, acabam preferindo não o externar.

³⁷⁷ 491 U.S. 397 (1989). Tradução nossa da citação referenciada em BAKIRCIOGLU, Onder – Freedom of Expression and Hate Speech. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Tulsa: The University of Tulsa College of Law. ISSN 1073-192X. Vol 16, nº. 1 (2008), p. 20. Para um relato do caso do *flag burning* como ato abarcado pela liberdade de expressão em *Texas v. Johnson*, cfr. NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 942 e ss.

³⁷⁸ Assim, BAKIRCIOGLU, Onder – Freedom of Expression and Hate Speech..., op. cit. p. 14, afirma haver dois posicionamentos elementares em matéria de regulação do *hate speech*, o filão norte-americano, de matriz racional-iluminista, tendente à maximização protetiva da liberdade de expressão (na esteira da doutrina do “mercado de ideias” – *the marketplace of ideas*), e o do restante do mundo, cuja tendência é a proibição (criminalização) do discurso ofensivo, mas que de toda forma costuma seguir o modelo europeu de balanceamento tópico dos interesses conflitantes.

³⁷⁹ Para a conceituação do *definitional balancing*, cfr. NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit. pp. 672 e ss.

³⁸⁰ BAKIRCIOGLU, Onder – Freedom of Expression and Hate Speech..., op. cit. pp. 20 e 21.

deve aquele direito fundamental ser restringido, pois ainda que relevante a função daquela liberdade para a configuração e manutenção de uma esfera livre de circulação de ideias e direcionada ao desenvolvimento dos indivíduos, a proteção destes em sua dignidade também requer que barreiras sejam consideradas e opostas em determinadas situações de evidente vilipêndio³⁸¹. De toda forma, não podemos olvidar que a questão aqui ventilada acerca do *hate speech* não concerne à sua prática como discurso ofensivo *per se*, mas sim ao discurso ofensivo no contexto de atos de proselitismo, como argumentos instrumentais ao intuito de manifestação religiosa destinada à persuasão de outrem (conversão).

Portanto, cremos não ser escorreito tratar a matéria do *hate speech* religioso no contexto proselitista de forma restritiva, perfazendo-se mais adequado a detalhada análise da situação tópica, uma vez que a questão não está vinculada à pura manifestação de um discurso ofensivo *per se*, mas antes conexa e instrumental ao proselitismo. Destarte, acompanhamos BAKIRCIOGLU quando se manifesta a favor da adequada ponderação dos bens e interesses em conflito, desconsiderando-se proibições e vedações apriorísticas que possam alijar as possibilidades discursivas no âmbito das manifestações de crenças religiosas³⁸².

Da perspectiva teórico-dogmática, o alargado âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa permite, ao menos *a priori*, a inclusão de atos de proselitismo que envolvam expressões argumentativas de forte cunho crítico ou que até mesmo possam adentrar o limiar da depreciação qualitativa, pois mesmo que a pessoa-alvo do proselitismo possua o direito de manter a sua religião, não há que se falar em um direito ou imunidade que impeça que suas crenças religiosas sejam objeto de considerações críticas por parte de terceiros³⁸³. Inobstante a ampla proteção conferida em princípio, não deve o direito ao proselitismo escapar à incidência da “reserva geral imanente de ponderação”, por meio da qual devemos considerar a necessidade de concordância prática entre aquele e os demais direitos, bens, valores e interesses albergados ao nível constitucional, donde podemos concluir que,

³⁸¹ Assim reconhecendo, cfr. BAKIRCIOGLU, Onder – Freedom of Expression and Hate Speech..., op. cit. p. 9.

³⁸² *Ibidem*. p. 45.

³⁸³ Em artigo que aborda os possíveis significados e formas de interpretação da cláusula de liberdade de expressão (*free speech clause*) da 1ª. Emenda à Constituição Americana de 1787, ALSTYNE, William Van – A Graphic Review on the Free Speech Clause. *California Law Review*. Berkeley: UC Berkeley School of Law. ISSN 0088-1221. Vol. 70 (1982), pp. 140 e 141, faz uma representação concêntrica dos níveis de proteção conferidos pela respectiva cláusula aos diversos tipos de discursos professados, onde assevera que, baseando-se no valor central da liberdade de expressão (construção de uma sociedade livre e participativa em termos políticos), quanto mais próximo o conteúdo do discurso intentado estiver do âmago de tal liberdade (dos discursos de índole política), maior será o seu nível de proteção, aí incluído o discurso religioso. Portanto, não se perfaz cabível, muito menos desejável, a exclusão apriorística de toda e qualquer atitude proselitista que abarque expressões argumentativas de forte conteúdo crítico, devendo-se deixar para a análise judicial *in concreto* a supressão de hipóteses que envolvam ofensas, discriminações e/ou outras atitudes difamatórias.

ainda que ressalvada a imperiosidade de uma análise tópica na matéria, deve-se refrear aqueles atos proselitistas que atuem com evidente coerção³⁸⁴.

Desta feita, podemos considerar duas consequências do acima referido: primeiro, a fim de que sejam equilibradas (em concordância prática) as pretensões jurídico-fundamentais tanto daquele que pratica o proselitismo como daquele que constitui seu alvo, caberá a cada qual atuar sob a máxima *neminem laedere*, respeitando o exercício do seu direito até o início do direito de terceiro, aí considerada uma tolerância de força vetorial bilateral (tanto por parte de quem intenta persuadir outrem acerca de suas crenças, como daquele sobre quem impende a argumentação persuasiva), não se querendo fazer de todo imune a críticas ou ao próprio discurso religioso professado³⁸⁵; e segundo, a existência de uma reserva de competência conferida aos Estados para operarem restrições a atos proselitistas sob a necessidade de proteção da liberdade religiosa contra atos de coerção, questão essa que suscita um segundo ponto a considerar, a análise das possíveis razões de restrição ao proselitismo por parte dos Estados.

Sobre os fundamentos de possíveis restrições operadas pelos Estados em face do direito ao proselitismo, STAHNKE assevera que algumas medidas estatais visam não a proteção do indivíduo em sua liberdade de manter a religião professada, mas antes a manutenção e a proteção de dada religião ou segmento religioso considerado socialmente dominante (ou mesmo de uma religião tida por oficial), oferecendo como exemplos: a Malásia, onde a Constituição autoriza a edição de leis que visem “o controle ou a restrição da propagação de qualquer crença ou doutrina religiosa entre pessoas que professem a religião do Islã”; a manutenção e a proteção da ideologia ateuista ou agnóstica, tal como ocorre na República Popular da China, cuja legislação é rigorosa quanto à instituição de organizações religiosas, restringindo assim ao máximo o proselitismo com o fito de extirpar a religião do âmbito

³⁸⁴ Tendo em vista a amplitude do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, adotamos posicionamento que inclui todo ato e fato que possua relação material com o suporte fático do referido direito fundamental, para somente depois, com base na aplicação da “reserva geral imane de ponderação”, considerar a possibilidade de restrições ao direito. Assim, a necessidade de se operar restrições em face de atos coercivos de proselitismo se justifica pela legitimidade da proteção conferida à dignidade da pessoa humana, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação individual de cada qual. Destarte, discordamos de STAHNKE, Tad – *Proselytism and the Freedom...*, op. cit. pp. 255 e 256, quando parte de uma exclusão apriorística e absoluta dos atos de coerção do próprio conceito (e âmbito de proteção) de proselitismo.

³⁸⁵ Dada as inúmeras discussões e divergências acerca da regulação internacional sobre as práticas proselitistas, CIAURRIZ, Maria José – *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. pp. 115 e ss, notícia a elaboração de um documento internacional na matéria, que inobstante não vincula em termos jurídicos (constituindo *Soft Law*), consigna alguns princípios-*guida* considerados indispensáveis quando da prática do proselitismo (*Guiding Principles for the Responsible Dissemination of Religion or Belief*), seja nas relações entre fiéis como nas relações entre as diversas confissões religiosas. De toda forma, assentando a relevância do princípio da tolerância nas relações de proselitismo, cfr. MACHADO, Jónatas – *Liberdade religiosa...*, op. cit. p. 228.

público; a manutenção de dada identidade social, em especial uma identidade religiosa nacional, como na Ucrânia, onde a legislação intenta dificultar o proselitismo praticado por grupos religiosos estrangeiros, evitando a conversão de adeptos das tradições religiosas do país; e, por vezes, onde o Estado opera restrições sob o argumento da necessidade de regular o “mercado religioso” e proteger seus consumidores contra supostas influências nocivas e fraudulentas, o que decerto pode afetar determinadas minorias religiosas estigmatizadas como “seitas” ou segmentos religiosos em tese periclitantes³⁸⁶.

Relevante quanto à restrição do proselitismo é a sua distinção qualitativa entre “próprio” e “impróprio” extraída do julgamento procedido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Kokkinakis v. Greece*³⁸⁷ em 1993. Mesmo tendo assentado a legitimidade do Estado grego quanto à edição de norma que vise a proibição de práticas proselitistas, o Tribunal considerou indispensável a necessidade de se distinguir entre dois tipos de proselitismo, o “próprio” e o “impróprio”, e inobstante ao final não ter adentrado nos elementos materiais da distinção suscitada, considerou violado o art. 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e afirmou que a condenação do Sr. Kokkinakis não havia levado em consideração a distinção adequada entre aqueles dois tipos de proselitismo³⁸⁸.

Visando preencher a lacuna substancial deixada pelo Tribunal sobre a distinção aventada, STAHNKE fornece alguns elementos que consideramos relevantes: *a*) as características daquele que pratica o proselitismo, como a situação de vantagem econômica, física ou legal (relação hierárquica em ambiente laboral ou relação de hierarquia militar), e a sua origem (se for pertencente a organização religiosa estrangeira); *b*) as características daquele que recebe a prática proselitista, podendo se encontrar em posição de desvantagem econômica, física ou legal com relação à fonte (por exemplo, o fato de ser uma criança ou jovem); *c*) o local em que

³⁸⁶ STAHNKE, Tad – Proselytism and the Freedom..., op. cit. pp. 309-324. Sobre a suposta razão de proteção dos consumidores no contexto do “mercado religioso” e sobre o perigo da excessiva intervenção na substância dos dogmas religiosos de confissões religiosas minoritárias, Stahnke (cfr. pp. 326 e ss) colaciona decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no *case United States v. Ballard* – 322 U.S. 78 (1944) –, onde o Tribunal reforçou que das cláusulas do livre exercício e do não-estabelecimento da primeira Emenda não se extrai qualquer possibilidade ou legitimidade estatal sobre a avaliação da verdade ou falsidade das doutrinas religiosas professadas.

³⁸⁷ *Kokkinakis v. Greece*, App. N.º. 14307/88, 260 TEDH. No que se refere ao caso, o Sr. Kokkinakis e sua esposa, adeptos da religião “Testemunhas de Jeová”, foram acusados pelas autoridades gregas de terem cometido proselitismo – proibido de forma expressa pelo art. 13, n.º. 2, da Constituição da Grécia de 1975 –, em face de um membro da religião dominante no país, a Igreja Cristã Ortodoxa Oriental. O Sr. Kokkinakis foi condenado inicialmente a quatro meses de prisão (sua esposa fora absolvida da acusação e a pena de seu marido fora convertida em pena pecuniária), tendo o mesmo logo em seguida recorrido ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos sob a alegação de ter sido violado em seu direito à liberdade religiosa garantido no bojo do art. 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Para uma descrição detalhada dos fatos, cfr. HIRSCH, Moshe – The Freedom of Proselytism Under the Fundamental Agreement and International Law. *Catholic University Law Review*. Washington: Catholic University of America. ISSN 0008-8390. Vol. 47, n.º. 2 (1998), pp. 420-423.

³⁸⁸ DANCHIN, Peter G. – Of Prophets and Proselytes..., op. cit. p. 273.

o proselitismo é praticado, levando-se em consideração a voluntariedade do alvo em estar no local e de se submeter ao ato proselitista, bem como se o mesmo se encontra em local cuja saída ou retirada pode ser tão logo realizada; *d*) a natureza do ato de proselitismo, considerando a existência de pressões coercivas, violência ou ameaça de violência³⁸⁹.

Dessarte, passa-se a ter uma referência para que se opere a adequada distinção entre proselitismo próprio (admitido) e impróprio (sujeito a restrições legítimas), evitando que medidas extremadas (garantia absoluta ou proibição apriorística) sejam tomadas na matéria. De toda forma, consideramos ser mais adequada às exigências do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista a ampla consagração garantística do direito ao proselitismo sob os auspícios do direito fundamental à liberdade religiosa. A partir daí, compete a cada qual agir com tolerância e responsabilidade frente às crenças de terceiros, evitando que o Estado intervenha de forma absoluta em termos de proibição *in abstracto* das práticas proselitistas, mas sempre conferindo aos Tribunais a legítima competência para a verificação da constitucionalidade da restrições que sejam de fato necessárias.

3.2. Indumentária e simbologia religiosa no espaço público

À guisa de princípio, importa consignar que a utilização de indumentária e de símbolos religiosos se encontra abarcada pelo âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa. Uma vez considerado seu alargado espectro protetivo (decorrente do modelo amplo de suporte fático e de âmbito de proteção aqui assumidos), os atos de manifestação de crença religiosa que se dão por intermédio de indumentária específica e símbolos representativos constituem patente exercício daquele direito fundamental, atos estes por decerto reconduzíveis ao núcleo de ação “manifestar” que integra o respectivo conteúdo dogmático³⁹⁰.

³⁸⁹ Cfr. detalhadamente em STAHNKE, Tad – Proselytism and the Freedom..., op. cit. pp. 328-341.

³⁹⁰ Ponto relevante é saber quando um dado símbolo constitui, de fato, objeto religioso. A título de exemplo, RAVITCH, Frank S. – Religious Objects as Legal Subjects. *Wake Forest Law Review*. Winston-Salem: Wake Forest University School of Law. ISSN 0043-003X. Vol. 40, n°. 4 (2005), pp. 1023-1026, numa tentativa de classificação de símbolos religiosos a serem levados em consideração quando da resolução de questões que envolvam a interpretação da *Establishment Clause* da primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787, distingue entre “objetos religiosos puros” (*Pure Religious Objects*) – constituindo objetos de adoração, constantes de cultos e rituais, e que incorporam princípios fundamentais de dada religião –, “objetos religiosos multifacetados” (*Multifaceted Religious Objects*) – objetos que se encontram vinculados a algumas religiões ou tradições religiosas, mas que não integram cultos e rituais, bem como não ensejam adoração, podendo veicular variados significados e mensagens – e “objetos secularizados” (*Secularized Objects*) – aqueles que em geral são vinculados a algumas tradições ou culturas religiosas, mas que não mais possuem significado ou conotação teológica, seja pela sua integração histórico-temporal ao *background* sociológico-cultural ou pela perda de valor religioso com o transcorrer do tempo. Questionar-se-ia, assim, quais de tais objetos estaria albergado pela proteção do direito fundamental à liberdade religiosa. Entretanto, acaso assim se procedesse, seria inevitável a ampla discricionariedade conferida ao poder público em matéria de classificação de objetos para fim de proteção

A questão da simbologia religiosa (e da indumentária religiosa³⁹¹), como assinala RAVITCH³⁹², suscita problemática que decerto tangencia os espectros da semiótica e da hermenêutica, eis que o significado que cada qual representa no fluxo social das crenças religiosas depende não apenas da perspectiva de dado observador, mas também da perspectiva dos grupos religiosos imbricados sobre a representação deduzida do objeto³⁹³. Da banda semiótica, os símbolos religiosos corporizam representações que sinalizam uma vinculação de crença e de fé, cujo significado se encontra envolto em um espectro de qualificação transcendental e de verdade última. Assim, por exemplo, quando alguém utiliza um cordão com um crucifixo, deduz-se que o mesmo sinaliza a vinculação do seu usuário ao Cristianismo como justificação moral e espiritual de vida. Ao mesmo tempo, a imbricação hermenêutica se dá pela via da pletera de possibilidades de compreensão interpretativa ao se observar dado símbolo como objeto de disposição pública, já que, para aquele que observa (sujeito passivo da disposição semiótica), o objeto pode ser compreendido como uma manifestação positiva de crenças, como um mero símbolo de composição estético-visual sem conotação teológica e/ou como indicativo de pertença étnico-cultural.

Ao considerarmos o problema no contexto do fluxo social das crenças religiosas, direcionamos o tratamento da matéria ao específico nível do espaço público³⁹⁴, distinguindo-se, na esteira de ARLETTAZ, entre a “esfera pública estatal” e a “esfera pública não estatal”³⁹⁵, onde a primeira é constituída por órgãos e instituições públicas, controladas e geridas pelo Estado de forma direta ou indireta, como parlamentos, tribunais, prefeituras, administrações

jusfundamental, o que decerto suscita relevante problema do ponto de vista jurídico-constitucional, já que se estaria reconhecendo a competência do Estado em realizar juízos de valor sobre a qualificação e o significado teológico de dado símbolo ao distinguir entre o que é ou não religioso, ocasionando não apenas uma perigosa redução da proteção conferida pelo direito fundamental, mas também conspurcando as bases estruturais de neutralidade ideológica e religiosa a que o Estado deve se submeter. Desta feita, consideramos benfazeja a aplicação de um conceito tipológico-aberto daquilo que se deva entender por símbolo religioso, aí integrado todo objeto que estiver vinculado a um valor teológico e que, em termos razoáveis, possa ser ao mesmo reconduzido.

³⁹¹ Dado que a vestimenta religiosa também constitui forma representativa-expressiva direcionada à manifestação de filiação e/ou crença religiosa, será aqui também tratada como “símbolo”, portanto incluída na categoria geral da “simbologia religiosa”.

³⁹² RAVITCH, Frank S. – *Religious Objects as Legal Subjects...*, op. cit. p. 1014.

³⁹³ Para além disso, releva ainda a questão a partir da perspectiva axiológica, pois os símbolos não apenas representam uma crença que pode ser interpretada de inúmeras formas e por variadas visões, senão que cada qual suscita um valor subjetivo a ser considerado.

³⁹⁴ Conquanto, não consideramos desprovida de relevância o tratamento da questão no âmbito da esfera privada, constituída, em essência, pelos ambientes familiares, residenciais, escolar-privado (incluído o universitário) e laboral-privado, mas apenas que, nestas situações, ressurgem a temática da eficácia horizontal da liberdade religiosa, onde os deveres de respeito e de tolerância exercem com força vetorial bilateral a função de equilíbrio das pretensões. Por outro lado, na esfera pública *lato sensu*, a utilização de simbologia religiosa suscita problemática mais ampla, cuja incidência dos deveres de respeito e de tolerância não são *per se* capazes de solucionar as celeumas daí advindas.

³⁹⁵ ARLETTAZ, Fernando – *Religión, esfera pública, mundo privado: la libertad religiosa y la neutralidad del Estado em las sociedades secularizadas*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2015. pp. 57-64.

distritais, universidades públicas, e a segunda por todos os espaços de livre circulação, utilização e acesso públicos, tais como ruas, praças, avenidas, etc.

A relevância da contextualização pública da problemática da simbologia religiosa tem a sua razão de ser em três fatores essenciais: a) presença de símbolos religiosos que, dado o contexto de sua inserção no espaço público (estatal e não estatal), suscitam a análise de problemas relacionados à laicidade e à neutralidade do Estado; b) a interconexão existente entre a própria natureza do ato de manifestação religiosa com a (possível) qualificação de ato de proselitismo religioso³⁹⁶; e c) a necessidade de proteção dos direitos fundamentais no fluxo social das crenças religiosas, onde por vezes se discutem questões atinentes à proteção dos direitos de minorias religiosas e à igualdade de gênero³⁹⁷.

Quanto ao primeiro fator, trata-se da instalação de determinados símbolos religiosos (cruz, crucifixo, menorá, presépios, dentre outros) em espaços públicos estatais (no interior ou na proximidade de órgãos e instituições sob administração do Estado) e não estatais (praças, ruas e avenidas, mas que necessitam de autorização do poder público para a sua colocação) que possam suscitar discussões acerca do dever de neutralidade estatal em matéria de religião. Pois, ao envolver área pertencente ao Estado ou por ele controlada, hipóteses de envolvimento ou entrelaçamento estatal com Igrejas, confissões ou comunidades religiosas merecem a devida consideração.

Nesta senda, é profícua a experiência norte-americana, onde a problemática da simbologia religiosa fora deveras discutida no âmbito do *case law* da *Supreme Court* sob o

³⁹⁶ O argumento da qualificação proselitista de ato de manifestação religiosa por intermédio de símbolos – em especial pela utilização de indumentária – constitui, como será mencionado *infra*, um dos pontos centrais de discussão acerca da proibição do véu islâmico (*foulard*) no espaço público em França. No âmbito escolar público francês, as discussões antes e após a aprovação da Lei n.º 228/2004, que proibiu a utilização de “símbolos religiosos ostensivos” nos colégios públicos, o ideal secularista e laicista republicano surgira como *leit motiv* da proscrição a capacidade proselitista e/ou de propaganda religiosa do véu islâmico, onde, em tese, sob uma espécie de proselitismo excessivo e inconcebível, seria engendrada uma ambiência de compressão de crença e de fé sobre os alunos não muçulmanos.

³⁹⁷ No que tange à proteção dos direitos de minorias religiosas, ressalte-se ainda o caso francês de proibição do uso do *foulard* nas escolas públicas. Como informa DANCHIN, Peter G. – Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law. *The Yale Journal of International Law*. New Haven: Yale Law School. ISSN 0889-7743. Vol. 33, n.º 1 (2008), p. 6, o governo, sob o fundamento de proteção da ordem pública, entendeu que a utilização de tal símbolo religioso geraria o recrudesimento de ameaças e da violência contra muçulmanos residentes no país. Com relação à garantia e afirmação da igualdade de gênero, mais uma vez a proibição do uso do véu islâmico no espaço público constitui o foco das discussões, posto que aqueles que se colocam a favor da proibição, tal qual defendido em França, afirmam que a prática constitui evidente ato de discriminação contra as mulheres (estas seriam, em tese, obrigadas e pressionadas por familiares e pela própria comunidade islâmica a tanto). Neste sentido, cfr. TONOLO, Sara – Islamic Symbols in Europe: the European Court of Human Rights and the European Institutions. *Stato, Chiesa e pluralism confessionale*. Milano: Università degli Studi di Milano. ISSN 1971-8543. N.º 5 (2014), p. 4; e ABDELAAL, Mohamed – Extreme Secularism vs. Religious Radicalism: The Case of the French Burkini. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Washington: International Law Students Association. ISSN 1082-944X. Vol. 23, n.º 3 (2017), p. 447.

ângulo da aplicação dos testes de constitucionalidade a aferir supostas violações a *Establishment Clause* da primeira Emenda. Analisou-se, por exemplo, em *Stone v. Graham* – 449 U.S. 39 (1980) – a determinação constante de uma lei do Estado do Kentucky sobre a instalação obrigatória de uma cópia dos dez Mandamentos nas escolas públicas; em *Lynch v. Donnelly* – 465 U.S. 668 (1984) – a presença de um presépio no contexto de uma cena de representação natalina em espaço pertencente a determinada entidade pública; em *County Allegheny v. American Civil Liberties Union* – 492 U.S. 573 (1989) – a instalação de um presépio e de uma menorá na área de um edifício público; em *Capitol Square Review & Advisory Board v. Pinette* – 515 U.S. 753 (1995) – a instalação de uma cruz de grandes proporções em uma praça pública; em *Van Orden v. Perry* – 545 U.S. 677 (2005) – a presença de um monumento constando a inscrição dos dez Mandamentos na área do Capitólio do Estado do Texas; e em *McCreary County v. American Civil Liberties Union* – 545 U.S. 844 (2005) – a presença de placas com inscrições dos dez Mandamentos em dois tribunais do Estado do Kentucky³⁹⁸.

Dois *cases* paradigmáticos são dignos de menção específica: *Lynch v. Donnelly* (1984) e *County Allegheny v. American Civil Liberties Union* (1989). HILL atenta que a essência das discussões se resume à avaliação do contexto em que os símbolos foram colocados, tendo o Tribunal, no primeiro caso, decidido pela constitucionalidade do ato ao entender que a sua instalação junto a outros objetos com significados seculares (uma árvore de Natal, por exemplo) retirava a conotação teológica, enquanto no segundo caso entendeu o Tribunal que a sua instalação isolada (na ausência de qualquer outro objeto que pudesse reforçar a mensagem secular da disposição), violava a *Establishment Clause*, inquinando o ato com patente inconstitucionalidade³⁹⁹. Em termos de aferição de constitucionalidade, ressalte-se que o *endorsement test* fora criado pelo *concurring* da Justice O'Connor em *Lynch v. Donnelly*, donde se assentara que a mensagem de promoção de dada religião pelo Estado provoca uma

³⁹⁸ Para um relato sucinto dos casos referenciados, cfr. RAVITCH, Frank S. – Religious Objects as Legal Subjects..., op. cit. pp. 1027 e ss.

³⁹⁹ HILL, B. Jessie – Putting Religious Symbolism in Context: A Linguistic Critique of the Endorsement Test. *Michigan Law Review*. Michigan: University of Michigan Law School. ISSN 0026-2234. Vol. 104, nº. 3 (2005), pp. 495-498. Em seu artigo, Hill (pp. 493 e ss.) salienta a necessidade de se abordar a complexa questão da simbologia religiosa a partir de uma perspectiva da teoria linguística, a *speech act Theory*, pela qual são enfatizados os efeitos e o contexto das expressões, e não as intenções subjacentes. Assim, Hill (pp. 503 e ss.), ao observar a complexidade de se perquirir acerca do elemento subjetivo-intencional no âmbito da problemática da simbologia religiosa, assevera que, apesar da inconsistência jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, os testes de constitucionalidade utilizados (em especial o *endorsement test*) são direcionados à análise daquilo que de fato se deve perscrutar, o contexto da instalação dos objetos e o significado sócio-cultural emitido *in concreto*.

diferenciação sócio-política que segrega os indivíduos da comunidade política em *insiders* e *outsiders*⁴⁰⁰.

Ponto central ao tratamento da problemática no contexto norte-americano é a questão da necessidade de se alcançar um equilíbrio otimizado entre as cláusulas estruturais da liberdade religiosa no direito constitucional estadunidense (*Free Exercise Clause* e *Establishment Clause*), ambas constantes da primeira Emenda constitucional de 1791. A utilização de símbolos religiosos na esfera pública tende a ser discutida sob o ponto de vista do dever de neutralidade religiosa, suscitando o controle de constitucionalidade pela via da parametricidade da cláusula de não-estabelecimento, vedando-se o entrelaçamento, envolvimento, promoção ou endosso religioso pelo Estado. Em sua essência, MARSHALL visualiza um intuito de proteção contra um processo corruptivo em potencial a ser encetado pelo Estado em face do fenômeno religioso⁴⁰¹.

Ainda na imbricação entre simbologia religiosa e questões atinentes à neutralidade estatal, mas agora também suscitando argumentos de proteção de direitos fundamentais, passemos à análise de dois exemplos envolvendo a disposição de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas. Na primeira situação, ocorrida na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) – *BVerfGE* 93, 1 (*Kruzifix-Urteil*) –⁴⁰² declarou a inconstitucionalidade e a nulidade de uma disposição normativa do regulamento escolar do Estado da Baviera (art. 13, nº. 1, Regulamento Escolar das Escolas Primárias da Baviera de 21 de junho de 1983) que determinara a instalação de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas daquele *Land*. No bojo da *ratio decidendi*, assentou o Tribunal que a exposição do símbolo emitia uma mensagem vinculada ao Cristianismo, violando assim a liberdade religiosa dos não aderentes, o direitos dos pais à educação religiosa de seus filhos e o dever de neutralidade estatal extraído do art. 4º da *Grundgesetz*. Como salienta ÁLVAREZ, o Tribunal

⁴⁰⁰ Em trecho de seu *concurring* em *Lynch v. Donnelly* – 465 U.S. 668, 688 (1984) –, asseverou a juíza O’Connor: “*Endorsement sends a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community*”. (Tradução nossa: “Endosso envia uma mensagem para os não aderentes de que eles são excluídos, não são membros da comunidade política, e uma mensagem aos aderentes de que eles são incluídos, membros favorecidos da comunidade política”).

⁴⁰¹ MARSHALL, William P. – The Lautsi Decision and the American Establishment Clause Experience: A Response to Professor Weiler. *Maine Law Review*. Portland: University of Maine School of Law. ISSN 0025-0651. Vol. 65, nº. 2 (2013), p. 778. Marshall (p. 779) salienta ainda outra função reservada à aplicação da *Establishment Clause* na questão da simbologia religiosa, qual seja, uma forma de prevenção contra o processo de divisão sócio-política e sócio-cultural no âmbito da comunidade, já que uma mensagem de endosso religioso por parte do Estado poderia, na esteira do pensamento subjacente ao *endorsement test*, engendrar diferenciação social entre *insiders* e *outsiders*, provocando o acirramento de embates no contexto do fluxo social de crenças.

⁴⁰² Cfr. extratos da decisão em SCHWABE, Jürgen – *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...* op. cit. pp. 175-182.

decidiu com base em quatro argumentos: *a)* que a utilização de símbolos religiosos integra a liberdade de crenças assegurada ao patamar constitucional, não se podendo extrair daí um direito de cada qual a não ser confrontado em público com símbolos que lhe sejam estranhos; *b)* sobre a liberdade religiosa cabe ao Estado exercer e cumprir com um dever de proteção, assegurando o livre exercício daquele direito fundamental, mas que, inobstante sua função de garante, não se deduz daí um direito a ser realizado com apoio ou promoção do Estado; *c)* deve o Estado, na esteira da proteção conferida pela liberdade religiosa, cumprir com o dever de neutralidade em matéria de religião; e *d)* o crucifixo constitui objeto de patente representação da fé cristã, afirmando que a sua disposição em salas de aula atesta uma clara profissão de fé⁴⁰³.

Para além da preocupação atinente ao cumprimento do dever de neutralidade estatal, e portanto, de vinculação ao ideal secularista como conformação do fenómeno religioso no espaço público, a experiência germânica com a disposição de crucifixos em salas de aula de escolas públicas suscitou a análise a partir da presença de direitos fundamentais colidentes, em especial ao considerar o (suposto) efeito que a presença daquele símbolo geraria sobre os estudantes⁴⁰⁴. Nessa toada, ÁLVAREZ ressalta que a maioria do Tribunal entendeu por resolver a celeuma partindo da perspectiva da imbricação conflitiva entre duas vertentes de liberdade com pretensão autonômica: o embate entre a liberdade religiosa positiva e a liberdade religiosa negativa, tendo assentado a dimensão negativa como “limite” à dimensão positiva⁴⁰⁵. De outra banda, os votos dissidentes proferidos na decisão reforçaram a necessidade de melhor adequação e equilíbrio na relação entre as referidas dimensões da liberdade religiosa, considerando que a vertente negativa não constitui um direito, valor ou bem constitucional superior que exija a refração imediata de manifestações positivas de crença, mas que antes impede a deferência para com um dever de tolerância a suportar crenças que sejam estranhas ou incomuns aos não aderentes, sustentando a permanência dos crucifixos⁴⁰⁶.

Em Itália, apesar da similitude contextual da problemática dos crucifixos, a discussão acerca da constitucionalidade na hipótese acabou por ser convalidada em aferição de convencionalidade perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no *case Soile Lautsi and others v. Italy* – App. nº. 30814/06. Na origem, dois tribunais italianos (Tribunal Administrativo de Veneto e o Supremo Tribunal Administrativo) denegaram a pretensão da Sra. *Soile Lautsi*,

⁴⁰³ ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *Libertad Religiosa y Espacios Públicos: Laicidad, pluralismo, símbolos*. Pamplona: Civitas, 2010. pp. 83-85.

⁴⁰⁴ Sobre o significado do crucifixo, cfr. MÜHLBERG, Tobias – *Der Vorrang negativer Religionsfreiheit oder: Freiheit als Freisein von Religion im öffentlichen Leben?* Norderstedt: GRIN Verlag, 2002. pp. 16 e 17.

⁴⁰⁵ ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *Libertad Religiosa y Espacios Públicos...*, op. cit. pp.126-128.

⁴⁰⁶ *Ibidem*. pp. 128 e 129.

que constestara dois decretos reais da época do governo fascista sobre a obrigatoriedade da instalação de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas, demandando a sua retirada por afrontar o direito à educação religiosa de seus dois filhos em conformidade com suas próprias crenças, conforme garantido pelos artigos 3º e 19 da Constituição italiana de 1947. Em sequência, recorrera ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos sob a alegação de violação do art. 9º da Convenção Europeia de Direitos do Homem⁴⁰⁷. Em decisão proferida em 2009 pela 2ª. Seção do Tribunal, aponta MANCINI que a Corte de Estrasburgo divergiu da jurisdição administrativa italiana por considerar que a disposição daquele símbolo nas salas de aula de escolas públicas violara o direito dos pais à educação dos seus filhos em consonância com suas respectivas convicções e a liberdade religiosa positiva e negativa dos estudantes⁴⁰⁸. Conquanto a decisão da 2ª. Seção do Tribunal ter considerado a violação da liberdade religiosa da Sra. *Soile Lautsi* na esteira do art. 9º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, o governo italiano logrou transladar a discussão para a Grande Sala da Corte de Estrasburgo, que em 18 de março de 2011 revisou a decisão proferida pela Seção e decidiu pela denegação da pretensão da Recorrente, tendo assentado: que o crucifixo constituía mero “símbolo passivo”, não exercendo assim considerável influência sobre os estudantes a ele expostos; que não houve intolerância por parte das autoridades administrativas escolares frente aqueles estudantes que professavam religião distinta ou professavam religião nenhuma; utilizando-se da doutrina da margem de apreciação, considerou que o Estado italiano agiu dentro do legítimo espectro decisório que lhe é conferido na matéria; e que a mera presença do crucifixo em salas de aula não implica em forma de doutrinação por parte do Estado⁴⁰⁹.

O caso da disposição de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas em Itália nos demonstra outra faceta da problemática da simbologia religiosa, qual seja, a operacionalização da ideia de identificação e proteção de uma (suposta) identidade sócio-cultural nacional como

⁴⁰⁷ MARET, Rebecca E. – Left Hanging: The Crucifix in the Classroom and the Continuing Need for Reform in Italy. *Boston College International and Comparative Law Review*. Newton: Boston College Law School. ISSN 0277-5778. Vol. 35, n.º 2 (2012), pp. 604 e 605. Assinala Maret (p. 605) que ambos os tribunais administrativos consideraram que, inobstante o crucifixo constituir objeto religioso decerto representante do Cristianismo, não havia ocorrido violação do princípio do secularismo, exercendo, pelo contrário, função de reafirmação de tal valor, já que a disposição pública daquele símbolo demonstra e ressalta a identidade cultural italiana, reforçando-a em meio a uma plethora de influxos religiosos, étnicos e culturais presentes no país.

⁴⁰⁸ MANCINI, Susanna – The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty. *European Constitutional Law Review*. Cambridge: Cambridge University Press. ISSN 1574-0196. Vol. 6 (2010), p. 6. Para além de uma análise que se detenha no direito dos pais à educação dos seus filhos e na liberdade religiosa dos estudantes expostos ao crucifixo, Mancini (p. 7) consigna que a problemática da simbologia religiosa suscita ao menos três questões essenciais: a complexidade em se alcançar a reconciliação entre constitucionalismo e religião na esteira do princípio do secularismo aplicado ao espaço público, o possível envolvimento entre religião e identidade cultural e étnico-nacional, e a necessidade de se proceder ao balanceamento no exercício da liberdade religiosa por minorias e maiorias religiosas.

⁴⁰⁹ MARET, Rebecca E. – Left Hanging..., op. cit. pp. 605 e 606.

forma de compatibilização entre as manifestações religiosas de uma maioria religiosa (*in casu*, o Cristianismo) e o dever de neutralidade estatal subjacente ao princípio do secularismo albergado de forma implícita pela Constituição italiana de 1947. Com a patente intenção de adequação positiva entre a disposição dos crucifixos e o dever de neutralidade estatal, as instâncias administrativas em Itália procederam a uma forma de descaracterização simbólica e inversão semântica ao agregar um significado secular àquele símbolo sob a ideia de vinculação identitária social e cultural à nação italiana, querendo assim atestar a sua não incompatibilidade para com o ideal secular⁴¹⁰.

Já em âmbito comunitário, inobstante a primeira decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no âmbito de sua 2ª Seção, a Grande Sala resolveu por aceitar a contextualização sócio-cultural identitária ao aplicar a doutrina da margem de apreciação e se posicionar com deferência frente as decisões administrativas internas pela manutenção dos crucifixos, já que, ao invés de confrontar o ideal secular, o reafirmaram sob a bitola da identidade cultural cristã italiana.

Tangenciando os três fatores subjacentes à problemática da simbologia religiosa apontados *supra*, a utilização do véu islâmico há muito tem sido objeto de inúmeras discussões no contexto francês e germânico⁴¹¹. Em França, a celeuma da utilização do véu islâmico (conhecida sob a expressão *affaire du foulard*) nas escolas públicas teve início em 1989, quando três alunas muçulmanas foram expulsas por terem se recusado a retirar o *hijab* em sala de aula, tendo o então Ministro da Educação *Lionel Jospin* se manifestado contra a utilização de símbolos religiosos no ambiente público escolar, mas ao mesmo tempo se oposto à expulsão das estudantes, consignando que as mesmas deveriam ser integradas à comunidade e não

⁴¹⁰ Neste sentido, MANCINI, Susanna – The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence. *Cardozo Law Review*. New York: Yeshiva University Benjamin N. Cardozo School of Law. ISSN 0270-6192. Vol. 30, nº. 6 (2009), p. 2638, afirma que as manifestações judiciais internas, através de tal processo de desarticulação, buscavam lograr a conciliação entre os valores do Cristianismo e os valores do constitucionalismo democrático, em especial o ideal secular.

⁴¹¹ Por motivos de extensão do presente trabalho, abordaremos apenas as experiências francesa e alemã acerca da utilização do véu islâmico. Mas, de toda forma, referenciamos aqui, como caso de grande repercussão, a decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em *Leyla Sahin v. Turkey* – App. nº. 44774/98 –, onde se discutira a compatibilidade da utilização do *hijab* (véu islâmico que cobre os cabelos e o pescoço, mas deixa o rosto descoberto) por uma estudante da Universidade de Istambul com o princípio do secularismo albergado constitucionalmente na Turquia. Após a emissão de uma circular pelo reitor da Universidade, que proibira a utilização de qualquer utensílio ou objeto que cobrisse a cabeça dos estudantes, e após sua pretensão ter sido negada pela jurisdição interna turca, *Leyla Sahin* recorreu ao Tribunal de Estrasburgo sob a alegação de violação do direito à liberdade religiosa garantido pelo art. 9º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, tendo o Tribunal decidido em 2004 pela inexistência de violação, decisão esta que fora referendada pela Grande Sala em 2005. Sobre as circunstâncias do caso, cfr. LOVEJOY, C.D. – A Glimpse into the future: what Sahin v. Turkey mean's to France's ban on ostensibly religious symbols in public schools. *Wisconsin International Law Journal*. Madison: University of Wisconsin Law School. ISSN 0743-7951. Vol. 24, nº. 2 (2006), pp. 663 e ss; e ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *Libertad Religiosa y Espacios Públicos...*, op. cit. pp. 104-106.

excluídas, ordenando que a autoridade escolar responsável as reintegrasse⁴¹². Após consulta realizada perante o Conselho de Estado francês, decidiu este órgão que, inobstante a utilização do *hijab* não constituir em si ato incompatível com o princípio da laicidade (art. 1º. da Constituição de 1958), não se deve permitir o uso de símbolos que possuam caráter “ostensivo”, “político” ou “provocativo”, a fim de que se evite a afetação da dignidade ou da liberdade dos demais estudantes, se proteja a saúde e a segurança no ambiente escolar, e não se perturbe a boa ordem e o bom funcionamento das escolas⁴¹³.

Por não ter densificado as hipóteses de incompatibilidade do uso de simbologia religiosa para com o princípio da laicidade estatal (o Conselho não especificou o que viria a constituir “símbolo religioso ostensivo”), novas discussões se acirraram, em especial sobre a utilização do *hijab* nas escolas públicas francesas, tendo o então Ministro da Educação *Francis Bayrou* emitido uma circular em 1994 que determinou a proibição de todo e qualquer símbolo religioso “ostensivo”, alegando que, dada a característica e a função de integração do ambiente escolar, seria impossível a presença de objetos religiosos representativos que instaurassem ou ampliassem a divisão sócio-cultural entre os estudantes⁴¹⁴.

Após quase dez anos de intensas disputas acerca de tal proibição, o então Presidente da República *Jaques Chirac* constituiu uma Comissão (*Comission Stasi*) em 2003 para que elaborasse relatório acerca do histórico da aplicação do princípio da laicidade e a sua relação com as religiões no espaço público⁴¹⁵. No relatório, assinala IDRIS que a Comissão entendeu necessária a proibição de determinados símbolos religiosos – por notório, o véu islâmico – dada a imprescindibilidade do respeito aos valores republicanos em França (secularismo francês), devendo-se observar a unidade nacional sob o estrito dever de neutralidade no espaço público escolar, desde já relegando-se ao exercício da manifestação religiosa um *locus* privado⁴¹⁶. Em 2004, em grande parte favorecido pelo relatório da Comissão *Stasi*, sobreveio a aprovação da Lei nº. 228 em 15 de março, instituindo a proibição geral nas escolas primárias, secundárias e liceus do “porte de símbolos/insígnias ou trajes pelos quais os alunos manifestam ostensivamente uma filiação religiosa”⁴¹⁷. Não bastasse tal proibição, em 2010 o parlamento

⁴¹² IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning of the ‘hijab’ in France. *Legal Studies*. Bristol: The Society of Legal Scholars. ISSN 1748-121X. Vol. 25, nº. 2 (2006), pp. 271 e 272.

⁴¹³ *Ibidem*. pp. 272 e 273.

⁴¹⁴ IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning..., op. cit. pp. 273 e 274. Como aponta WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 266, tratou-se, na hipótese, da chamada “Circular Bayrou”, quedando-se proibidos os símbolos religiosos cujo porte fosse considerado “ostentatório”.

⁴¹⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 267.

⁴¹⁶ IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning..., op. cit. p. 277.

⁴¹⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 267.

francês aprovou a Lei nº. 1192, instituindo a proibição de todo e qualquer objeto religioso que importe encobrimento do rosto em público, vedando-se a utilização, dentre outros, de *burkas* e *niqabs*⁴¹⁸.

O posicionamento francês perante a problemática da simbologia religiosa possui caráter especial, pois toda a compreensão tem como ponto gravitacional o ideal laicista. Como afirma IDRIS, a concepção de laicidade em França é composta por três ideias centrais: o reconhecimento da natureza não-religiosa do Estado francês, sendo-lhe vedado promover ou subsidiar Igrejas, comunidades e confissões religiosas; dada a neutralidade estatal, não pode o Estado francês proceder ao doutrinamento de seus cidadãos; e o processo de “privatização” da religião, alijando-a do espaço público e reconhecendo-lhe apenas o âmbito privado como esfera de livre atuação⁴¹⁹. Entretanto, para além da proteção do ideal secular e laicista francês, e no que concerne ao histórico de proibições relacionadas ao véu islâmico (tais como o *hijab*, *niqab* e a *burka*), subjaz um forte elemento decisório de ordem política à legislação aprovada pelo parlamento na matéria (Lei nº. 228/2004 e Lei nº. 1192/2010), qual seja, uma (pré-)concepção discriminatória que exerga a comunidade islâmica como idealizadores de um fundamentalismo religioso e promotores do terrorismo de largas proporções⁴²⁰.

Da banda germânica, um dos exemplos mais paradigmáticos da questão do véu islâmico teve expressão no âmbito da *Kopftuch-Urteil* em 2003 – *BVerfGE* 108, 282 –⁴²¹ perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Na hipótese, *Fereshta Ludin*, uma professora de origem muçulmana, pleiteou o direito de utilizar o véu islâmico (*hijab*) durante o horário de trabalho em uma escola pública, mas que lhe havia sido negado em razão de uma resolução exarada pelo Ministério Superior de Educação Escolar de *Stuttgart* que a inadmitira como servidora pública ao pretender utilizar dito símbolo religioso no âmbito escolar e durante as aulas ministradas. Após a degenação de seu pedido nas instâncias inferiores, *Fereshta Ludin* interpôs recurso de amparo constitucional perante o *Bundesverfassungsgericht*, tendo o Tribunal decidido que havia ocorrido restrição do direito da Recorrente quanto à utilização do véu islâmico, posto ter considerado que a legislação do Estado de Baden-Württemberg não configurava o enquadramento jurídico-legal suficiente que

⁴¹⁸ ABDELAAL, Mohamed – Extreme Secularism vs. Religious Radicalism..., op. cit. p. 452.

⁴¹⁹ IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning..., op. cit. p. 261.

⁴²⁰ WING, Adrien Katherine; SMITH, Monica Nigh – Critical Race Feminism Lifts the Veil? Muslim Women, France, and the Headscarf Ban. *UC Davis Law Review*. Davis: UC Davis School of Law. ISSN 0163-4410. Vol. 39, nº. 3 (2005), pp. 770 e 771, apontam a presença de um sentimento “anti-muçulmano” em França, que aliado à concepção do véu islâmico como “instrumento de fundamentalismo”, tem configurado todo o decisionismo na matéria.

⁴²¹ Cfr. extratos da decisão em SCHWABE, Jürgen – *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...* op. cit. pp. 194-201.

pudesse fundamentar de forma adequada (do ponto de vista jurídico-constitucional) a resolução firmada pela autoridade administrativa⁴²².

Apesar de a hipótese ter suscitado, ao menos em parte, uma análise voltada para a compatibilização de direitos fundamentais em situação de colisão, o *Bundesverfassungsgericht*, como assinala MAHLMANN, decidiu pela via da “procedimentalização” da questão ao considerar o problema pela perspectiva da competência formal e material do Estado de Baden-Württemberg⁴²³. CAMPENHAUSEN critica a decisão do Tribunal afirmando que houve contradição para com os fundamentos da decisão relativa aos crucifixos, que pecou ao não esclarecer e especificar as bases legais adequadas que considerava legítimas do ponto de vista constitucional para que a proibição do véu fosse realizada e que deveria a questão ter sido analisada sob a perspectiva da relação especial existente entre professores de escolas públicas e o Estado⁴²⁴. Ao fim e ao cabo, decidiu o Tribunal pela perspectiva competencial e não aferiu, do ponto de vista jurídico-material, em especial o constitucional, a questão da simbologia religiosa no espaço público escolar.

⁴²² CAMPENHAUSEN, Axel Frhr. Von – The German Headscarf Debate. *Brigham Young University Law Review*. Utah: J. Reuben Clark Law School. ISSN 0360-151X. Vol. 2004, n.º 2 (2004), pp. 676 e ss. Quando da denegação do pedido pelas instâncias inferiores, aponta Campenhausen (pp. 674 e 675) que, dentre os argumentos oferecidos, a utilização do *hijab* em sala de aula afronta a liberdade religiosa negativa dos estudantes, viola o direito dos pais à educação religiosa de seus filhos e o dever de neutralidade estatal. Já quando do julgamento da lide perante o *Bundesverfassungsgericht*, Campenhausen assinala (pp. 679 e ss.) que o Tribunal partiu da consideração de que o dever de neutralidade religiosa era *a priori* dirigido ao Estado, não se estendendo aos seus respectivos representantes; considerou que o Estado de Baden-Württemberg possuía competência para proceder à organização do respectivo sistema educacional, aí incluída a possibilidade de impedir a utilização de símbolos religiosos que considerasse inapropriados ao exercício das funções educacionais, entendendo, entretanto, que o véu islâmico constituía mero perigo abstrato, não havendo razão o bastante para que se procedesse à proibição administrativa; e que, tendo em vista os direitos fundamentais conflitivos imbricados na hipótese (o direito à liberdade religiosa da Recorrente em utilizar o símbolo em questão, a liberdade religiosa negativa dos estudantes expostos à disposição do véu pela Recorrente e o direito dos pais à educação religiosa de seus filhos), exigia-se uma decisão submetida à “reserva de parlamento”, e não a mera decisão de cariz administrativo local.

⁴²³ MAHLMANN, Matthias – Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court’s Decision in the Headscarf Case. *German Journal Law*. Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt. ISSN 2071-8322. Vol. 04, n.º 11 (2003), p. 1104.

⁴²⁴ CAMPENHAUSEN, Axel Frhr. Von – The German Headscarf Debate..., op. cit. pp. 687 e ss. No que tange à relação especial entre os professores de escolas públicas e o Estado, trata-se da categoria das “relações especiais de poder” (*Sonderstatusverhältnisse*) como fundamento de restrição a direitos fundamentais. *In casu*, tratar-se-ia de considerar que a relação dos professores de escolas públicas com o Estado é uma relação que exige certas conformações e delimitações. Pois, considerada a neutralidade ideológica e religiosa a que o Estado deve se submeter, certos direitos fundamentais, tal qual a liberdade religiosa, são passíveis de sofrer específicas restrições. Assim, considerando a qualidade de representantes do Estado, aos professores de escolas públicas ser-lhes-ia exigido o cumprimento do dever de neutralidade ideológica e religiosa, justificando-se, a princípio, a proibição de determinados símbolos religiosos durante o exercício de suas funções escolares. Sobre as “relações especiais de poder”, cfr. HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit. pp. 114 e ss. Asseverando a relevância do dever de neutralidade (*Neutralitätsgebot*) na matéria, cfr. UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. pp. 92 e 93.

3.3. Fundamentalismo religioso

O termo “fundamentalismo”, como assinala KOOPMANS, tem como ponto de origem uma série de publicações (livretos – *booklets*) relacionadas ao ressurgimento de um movimento Protestante do início do século XX nos Estados Unidos da América, cujo ideal propalado consistia no chamado de retorno aos fundamentos (*fundamentals*) da fé cristã, em defesa da interpretação literal e estrita dos textos bíblicos⁴²⁵. O fundamentalismo indica o conjunto de concepções religiosas que, extraídas de uma hermética interpretação de determinadas fontes teológicas (*in casu*, textos religiosos), direcionam à compreensão absolutista⁴²⁶ das crenças em que se fundamenta e que se quer propalar.

Contudo, dada a larga escala imigratória de muçulmanos para o Ocidente, o patente recrudescimento do processo de globalização e de desenvolvimento tecnológico, bem como a exposição midiática e estigmatizante de minorias religiosas, a ideia de fundamentalismo religioso é em geral associada ao fundamentalismo islâmico e ao terrorismo de escala global⁴²⁷. De toda forma, em que pese essa associação realizada sob o olhar global hodierno, os elementos que em essência caracterizam o fundamentalismo não nos remetem, de maneira automática, à dimensão do extremismo militante ou de guerra⁴²⁸. Nesta senda, WEINGARTNER distingue entre duas espécies de fundamentalismo religioso: o “fundamentalismo-crença” e o

⁴²⁵ KOOPMANS, Ruud – Religious Fundamentalism and Hostility against Out-groups: A Comparison of Muslims and Christians in Western Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*. Oxfordshire: Taylor and Francis. ISSN 1369-183X. Vol. 41, nº. 1 (2015), p. 34.

⁴²⁶ Como aponta PRATT, Douglas – Terrorism and Religious Fundamentalism: Prospects for a Predictive Paradigm. *Marburg Journal of Religion*. Marburg: University of Marburg. ISSN 1612-2941. Vol. 11, nº. 1 (2006), pp. 8 e 9, um dos traços essenciais do fundamentalismo religioso é o inerente absolutismo das concepções e visões propagadas.

⁴²⁷ KOOPMANS, Ruud – Religious Fundamentalism..., op. cit. pp. 33-35, alerta para o fato de que, apesar da comum associação entre fundamentalismo islâmico e terrorismo, a utilização “não-acadêmica” do termo falha ao vinculá-lo a formas de extremismo violento e que a ideia que lhe é subjacente não é restrita ao Islã, sendo incontestável a sua presença em outros segmentos religiosos, como no Cristianismo e no Judaísmo. A estigmatização a que se encontram submetidos os muçulmanos no que tange a comum qualificação de “fundamentalistas” pode ser visualizada no próprio âmbito da simbologia religiosa. Pois, tendo em vista a problemática do uso do *hijab* em França, por exemplo, uma das fortes razões para a sua proibição nas escolas públicas e a proibição do uso da *burka* no espaço público em geral é a suposta conexão com a prática do fundamentalismo islâmico, como bem aponta DANCHIN, Peter G. – Suspect Symbols..., op. cit. p. 6. Neste sentido, IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning..., op. cit. p. 279, contesta até que ponto é justa a associação automática entre o uso do *hijab*, fundamentalismo e terrorismo, afirmando (p.281) que, ao contrário do que se imagina, a proibição de indumentária religiosa, em especial a de feição islâmica, gera ainda mais o risco de extremismo religioso, eis que, como resposta ao processo de exclusão e essencialização a que estão submetidos, os muçulmanos tendem e tenderão cada vez mais a se vincular àquilo que entendem por reafirmação de sua identidade étnica e cultural, o islamismo.

⁴²⁸ Apontando algumas características do fundamentalismo religioso, WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. pp. 53 e 54, cita a presença de um literalismo hermenêutico quando da sua fundamentação em textos religiosos sagrados, rejeitando qualquer outra interpretação; o elemento identitário de caráter ablativo, ou seja, a tendência à abordagem totalitária das concepções morais que tangenciam a vida social; o caráter de reação religiosa a problemas da sociedade moderna; e a utilização de um discurso de salvação que procura monopolizar a verdade.

“fundamentalismo-militante”⁴²⁹. Resta agora abordarmos o respectivo enquadramento teórico-dogmático.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, o fundamentalismo religioso só se torna legítimo quando alocado como variante semântica de maior intensidade do proselitismo religioso⁴³⁰. Entretanto, ainda que o concebamos como elemento de ação subsumível ao amplo suporte fático e ao amplo âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, por evidentes razões jurídico-dogmáticas⁴³¹ que as condutas vinculadas ao “fundamentalismo militante” devem ser bloqueadas em razão das restrições advindas da “reserva geral imanente de ponderação”. No limiar de sua legitimidade constitucional, o fundamentalismo religioso se torna ainda mais objetável quando evidente a interconexão material com o âmbito do político, onde a visão absolutista e totalizante da esfera de justificação moral e transcendental da vida se transforma em instrumento de ablação da política estatal, no que decerto confronta as bases do constitucionalismo democrático.

Nessa referida interconexão, impende-se a adequada diferenciação entre duas situações, senão vejamos. Na primeira, o fundamentalismo religioso surge com intenção e atuação de influência sobre a esfera política da sociedade, querendo atuar de forma a moldar e conformar assuntos inerentes à política estatal em consonância com suas bases teológicas, o que, como apontado por ARLETTAZ, não é de todo perigoso, pois não significa *per se* o retorno a um “sentido religioso da esfera estatal”⁴³². Na segunda situação, surge o fundamentalismo religioso como estratégia e processo militante voltado ao domínio social e ao totalitarismo, assumindo como objetivo uma espécie de combate sacro e divinizante contra os valores democráticos de cariz pluralista e inclusivo que considera combativos por essência.

Entretanto, como defendido por SCHACHTSCHNEIDER, essa estrita vinculação teológica existente entre o crente e Deus, em especial quanto aos mandamentos religiosos decorrentes de

⁴²⁹ De acordo com WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição...*, op. cit. p. 53, o “fundamentalismo-crença” constitui uma forma específica de interpretação de determinados conteúdos teológicos, sendo, portanto, tolerável, enquanto o “fundamentalismo-militante”, pelo contrário, por implicar em evidente confronto para com os valores do constitucionalismo democrático, deve ser objeto de bloqueio.

⁴³⁰ Quando reconduzido à categoria do proselitismo religioso, aparece o fundamentalismo como forma de expressividade religiosa imbuída de concepções teológicas mais ardentes e fumegantes. Entretanto, a interpretação literal de textos religiosos e a sua intenção totalizante sobre a vida do crente não o torna *per se* um elemento de potencial extremismo e violência, como se deslocasse, de forma automática, o ato proselitista ao espectro da inconstitucionalidade.

⁴³¹ Como razões jurídico-dogmáticas, apontamos os princípios e valores básicos do constitucionalismo democrático, tais como a dignidade da pessoa humana, a força regulatória e organizatória do direito sobre a vida em comunidade e o princípio democrático. Para tanto, cfr. CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda – *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. pp. 10 e ss.

⁴³² ARLETTAZ, Fernando – *Religión, esfera pública, mundo privado...*, op. cit. p. 119.

tal relação, não pode valer – no que tange aos seus aspectos totalitários e ablativos – no âmbito da ordem democrática fundamental baseada nos valores republicanos⁴³³. Assim, SCHACHTSCHNEIDER, sob a base estrutural-normativa do direito fundamental à liberdade religiosa, garantido sem reservas constitucionais expressas, reconhece no princípio democrático um verdadeiro limite material⁴³⁴. Diante disso, considerado o fundamentalismo-militante, ou seja, aquele cuja interconexão material com o âmbito do político pretende a instituição objetiva de um discurso teológico ablativo do discurso jurídico-constitucional democrático, suas pretensões esbarram num princípio implícito (e não um limite imanente) subjacente a todos os direitos fundamentais, qual seja, a “fidelidade constitucional do cidadão” (*Verfassungstreue der Bürger*) a que SCHACHTSCHNEIDER se refere⁴³⁵. Sob o exemplo do fundamentalismo islâmico, SCHACHTSCHNEIDER assenta a sua incompatibilidade para com a ordem livre e democrática alemã, eis que dentre os conflitos que suscita, viola valores constitucionais ao pregar a união indissolúvel entre Religião e Política (a exemplo da *Sharia*), ao combater os valores seculares democráticos ocidentais e ao instituir a diferenciação jurídico-objetiva (e discriminatória por evidência) entre homens e mulheres⁴³⁶.

Conquanto tenhamos aqui referenciado a incompatibilidade do fundamentalismo-militante para com os valores democráticos sob o contexto jurídico-constitucional alemão, não se perfaz complexa a tarefa de determinação da justificação geral relativa à fixação desta dimensão do fundamentalismo como barreira última de atuação. A latente distinção entre o fundamentalismo-crença (legítimo do ponto de vista jurídico-constitucional) e o fundamentalismo-militante é que este último suscita problemas de ilegitimidade constitucional desde a incidência da cláusula de “reserva geral imanente de ponderação”, ao incorrer em

⁴³³ Para SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*. 2., überarbeitete Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 96: “*Das Gebot eines Gottes hat für den gläubigen Menschen höchste Verbindlichkeit. Diese Verbindlichkeit aber darf in einer Republik, deren Fundament die freiheitliche demokratische Grundordnung ist, nicht zur Geltung kommen*”. (Tradução nossa: “O mandamento de um Deus tem para os crentes uma grande vinculação. Essa vinculação, entretanto, não deve numa República, que é o fundamento da ordem fundamental livre e democrática, ser válida”).

⁴³⁴ SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*. p. 96. Aqui a compreensão de Schachtschneider merece algum comentário, pois considera o princípio democrático como forma de limite constitucional imanente (*verfassungsimmanente Schranken*). Entretanto, dada as bases teórico-dogmáticas aqui assentadas ao início do trabalho (adoção da teoria externa das restrições), consideramos o princípio democrático elemento constitucional integrante da “reserva geral imanente de ponderação” a que se submetem todos os direitos fundamentais. Portanto, no que tange ao direito fundamental à liberdade religiosa, o princípio democrático constitui um dos fundamentos de restrição ao exercício do direito, e não um limite constitucional imanente.

⁴³⁵ SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*. p. 99. Ao comentar este princípio, Schachtschneider (p. 100) assevera que tal decorre de forma clara do art. 2.º, nº. 1, *Grundgesetz*, pois a liberdade geral de ação não é protegida e limitada apenas frente ao direito de terceiros, mas em específico pela sua vinculação à ordem constitucional e à lei moral (*Sittengesetz*). Ainda, a ideia de “fidelidade constitucional” está conectada à “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*) a que se refere Konrad Hesse.

⁴³⁶ SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*. pp. 102-110.

negação ontológica do Estado Constitucional democrático por defender e intentar um discurso teológico-político que aloca os direitos fundamentais como objeto de um patente processo de niilificação. Nesta esteira, OTERO, também considerando o forte exemplo do fundamentalismo islâmico, assevera que em seus objetivos provoca uma fratura no âmago do modelo de Estado de direitos humanos sob duas perspectivas: a rejeição dos direitos fundamentais da pessoa humana e a estratégia de atuação pela prática da intolerância violenta⁴³⁷.

3.4. Interconexão com a proteção do conteúdo essencial

Tendo em vista os elementos que integram o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa (faculdades inerentes ao *forum internum*, autodeterminação doutrinária dos coletivos religiosos e dever de neutralidade religiosa sob os princípios da laicidade e da aconfessionalidade)⁴³⁸, impende agora analisarmos as refrações que a sua proteção pode gerar sobre as questões já tratadas.

Primeiro, a necessidade de garantia das faculdades inerentes ao *forum internum* e a sua conexão com o proselitismo religioso não faria, a princípio, qualquer sentido, já que a natureza do ato de manifestação religiosa integra o complexo de faculdades do *forum externum*, submetendo-se ao controle do princípio da vedação de excesso. Entretanto, determinado ponto merece atenção. Os problemas de proteção do conteúdo essencial no contexto do proselitismo religioso surgem quando atentamos para a possibilidade de determinado Estado proceder, seja de forma direta ou indireta, a atos coativos e de evidente pressão teológica voltados à conversão forçada de indivíduos, esbarrando por decerto no elemento do dever de neutralidade religiosa, já que ao Poder Público não compete a adoção ou filiação religiosa, e muito menos lhe compete o doutrinamento em tal sentido.

Quanto à simbologia (e indumentária) religiosa, exige-se, pela via da proteção do conteúdo essencial, que a esfera individual do crente relativa à escolha de determinado símbolo ou roupa que expresse sua crença religiosa seja protegida em absoluto⁴³⁹. Portanto, visa-se a proteção absoluta do direito à autodeterminação e à livre eleição de elemento semiótico que represente filiação religiosa. Com relação ao fundamentalismo religioso, há violação do

⁴³⁷ OTERO, Paulo – *Instituições políticas e constitucionais*. pp. 660 e 661.

⁴³⁸ Cfr. tópico 2.3.2.

⁴³⁹ Neste ponto, talvez o problema da proibição de indumentária religiosa que cobrisse todo o rosto (a exemplo do *niqab* e da *burka*) confrontasse nosso argumento. Entretanto, consideramos protegido pelo conteúdo essencial apenas a faculdade de escolha do símbolo religioso representativo de determinada crença para o indivíduo, consignando também a sua possibilidade de utilização em locais específicos de culto religioso, *locus* onde não cabe à regulação estatal interferir.

conteúdo essencial quando o Estado age de forma à manipulação ideológica-teológica do crente, coagindo-o (seja no âmbito físico ou psíquico) à aceitação de determinada crença e ao cumprimento de seus inerentes deveres e obrigações⁴⁴⁰.

Vejam agora a relação com o elemento da autodeterminação doutrinária dos coletivos religiosos. No contexto da atividade proselitista, ocorre patente violação do conteúdo essencial quando o Estado procede ao controle e à determinação dos conteúdos doutrinários e das mensagens religiosas veiculadas por Igrejas, confissões e comunidades religiosas, numa espécie de restrição de conteúdo que afronta o cerne da liberdade de expressão (religiosa), filtrando assim aquilo que pode ser veiculado ou não em manifestação religiosa frente a terceiros⁴⁴¹. Na imbricação com a simbologia religiosa, o elemento da autodeterminação doutrinária exige que o Estado, ao regular o uso de símbolos religiosos no espaço público sob o aspecto da harmonização entre liberdade religiosa e demais bens, valores e interesses protegidos ao nível constitucional, não passe a intervir no âmbito ritualístico e cultural das Igrejas, confissões e comunidades religiosas, vedando, por exemplo, por razões de saúde pública, o uso da *burka*, do *hijab* e/ou do *niqab* em cultos islâmicos. Sobre o fundamentalismo religioso, releva a proteção do conteúdo essencial quando o Estado, considerando necessário regular as atividades de Igrejas, confissões e comunidades religiosas que compreende em tese combativas e dotadas de perigosidade, impede o seu funcionamento de forma direta ou indireta, seja ao negar determinada autorização administrativa, ao promover investigações secretas ou mesmo ao proibir o seu funcionamento⁴⁴².

Por último, consideremos os reflexos do dever de neutralidade estatal. Sobre a atividade proselitista, viola o conteúdo essencial quando o Estado proíbe atos de manifestação religiosa de uma específica religião ou segmento religioso em claro ato de promoção, entrelaçamento, endosso ou envolvimento religioso⁴⁴³. No que concerne à simbologia religiosa,

⁴⁴⁰ Nos referimos às hipóteses de Estados teocráticos de cariz fundamentalista-militante, ao exemplo do Irão e da Arábia Saudita.

⁴⁴¹ Neste sentido, MACHADO, Jónatas – A Constituição e os movimentos religiosos minoritários..., op. cit. pp. 204 e 205, alerta para o fato de caber ao Estado respeitar todas as religiões e segmentos religiosos independente do conteúdo teológico veiculado, ressalvada a sua intervenção, de toda forma imparcial, para fins de regulação da equidade no âmbito de um *market place of ideas*. Ainda, Machado (pp. 232-240) atenta para o perigo advindo da militante intervenção estatal como forma de combate à suposta “manipulação de consciências” operada por minorias religiosas. Pois, sob tal bitola, surge a ameaça estatal de controle ablativo sobre os conteúdos e mensagens religiosas veiculadas, impedindo seu livre trânsito no fluxo social.

⁴⁴² A exemplo da Igreja da Cientologia, cfr. MACHADO, Jónatas – A Constituição e os movimentos religiosos minoritários..., op. cit. pp. 246 e ss.

⁴⁴³ Neste sentido, referenciamos o caso da Grécia, onde o proselitismo é vedado ao nível constitucional (art. 13, nº. 2, Constituição grega de 1974), mas que tal proibição é dirigida, por evidente, às religiões distintas da Igreja Ortodoxa Oriental Cristã, religião oficial do país (art. 3º, nº. 1, Constituição grega de 1974), numa tentativa de bloqueio ao desenvolvimento de um significativo pluralismo religioso.

a proteção do conteúdo essencial torna indispensável que a regulação estatal sobre a sua utilização no espaço público não proíba, em claro ato intencional de diferenciação subjetiva de religiões e segmentos religiosos, símbolos específicos, retirando-lhes por completo a sua capacidade de influência no fluxo social de ideias e crenças⁴⁴⁴. Quanto ao fundamentalismo religioso, infringe o conteúdo essencial, sob a perspectiva da neutralidade religiosa, quando o Estado, em medida operada sob as bases de aceção discriminatória, assume, de forma pública, uma atividade regulatória de combate a religiões ou segmentos religiosos que considera invasivos, combativos e perigosos em termos sociais e culturais, tentando o seu total alijamento institucional e mesmo existencial⁴⁴⁵.

Os argumentos aqui delineados quanto à imprescindibilidade da proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa constituem apenas um vetor paramétrico em termos jurídico-constitucionais de contexto teórico-dogmático. De toda forma, impende-se a análise tópica de cada situação problemática para que se avalie, em primeiro lugar, se a questão tangencia ou não a garantia do conteúdo essencial (ou exige a análise apenas sob o viés do princípio da vedação de excesso), e em segundo lugar, se de fato há afetação que macule com inconstitucionalidade. Independente das variáveis, ressaltamos aqui a incomensurável relevância do instituto do conteúdo essencial para o direito fundamental à liberdade religiosa, para cuja configuração e delineamento consideramos os argumentos acima de grande valia.

3.5. Alguns reflexos jurídico-penais da dinâmica religiosa

3.5.1. A proteção da liberdade religiosa como bem jurídico sujeito à tutela penal

Um dos principais reflexos da proteção jurídico-constitucional da liberdade religiosa como direito fundamental sobre o Direito Penal é a capacidade de operacionalização das normas

⁴⁴⁴ Em conexão com o problema, TONOLO, Sara – Islamic Symbols in Europe..., op. cit. p. 18, salienta a evidente contradição constante da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de simbologia religiosa. Enquanto que em *Leyla Sahin v. Turkey* considerou a utilização do véu islâmico por uma estudante de medicina objetável pelo fato de constituir suposto “perigo de pressão ou proselitismo”, entendeu por aplicar a doutrina da margem de apreciação no caso *Lautsi v. Italy* com o claro intuito de prestar deferência a uma maioria religiosa, aferindo como legítima a manutenção de crucifixos em salas de aula de escolas públicas.

⁴⁴⁵ O laicismo francês constitui um claro exemplo dessa violação. Em que pesem as proibições quanto à simbologia religiosa no âmbito das escolas públicas e a objetos que cubram o rosto em público terem sido de conteúdo geral, ou seja, direcionadas a todas as religiões, é cediço que o *leit motiv* subjacente às decisões das autoridades francesas na matéria estava no receio de um potencial ataque aos valores republicanos franceses por parte de muçulmanos associados de forma automática e discriminatória ao fundamentalismo islâmico e ao terrorismo. Neste sentido, IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning..., op. cit. p. 283, compreende o laicismo francês como um “secularismo fundamentalista”.

jurídico-penais como instrumento de proteção do respectivo bem jurídico. Protege-se aqui não uma religião em especial ou o fator religioso em si, mas sim a liberdade considerada do seu ponto de vista ontológico.

A instrumentalização de normas jurídico-penais para a proteção de bens jurídicos vinculados a direitos fundamentais decorre da faceta objetivo-institucional destes últimos. Desta feita, da dimensão objetivo-institucional do direito fundamental à liberdade religiosa dessume-se o dever de proteção dirigido ao Estado (*staatliche Schutzpflicht*)⁴⁴⁶, donde se exige a criação de normas de tutela, em especial e as de cunho jurídico-penal, a fim de que se proteja o bem jurídico (liberdade religiosa) contra lesão, violação e ameaça de terceiros. Nessa toada, SARLET e WEINGARTNER acentuam o “dever de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais”⁴⁴⁷.

A cumprir tal desiderato, os ordenamentos jurídico-penais em geral estruturam tais normas de tutela sob a tipificação de condutas subsumíveis aos seguintes suportes fáticos: “ultraje por motivo de crenças religiosas” (art. 251º, Código Penal português – alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 48/95), “impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto” (art. 252º, Código Penal português – alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 48/95) e “escárnio e ofensas de sentimentos religiosos” (art. 525, Código Penal espanhol – Lei Orgânica nº 10/1995 com atualização realizadas pela Lei Orgânica nº. 1/2015)⁴⁴⁸.

Apesar das distinções materiais dos tipos penais referenciados, a *ratio existendi* de todos está na imperiosidade da proteção da liberdade religiosa contra atos que, sejam vexatórios ou não, visem ofender o sentimento religioso de outrem ou de coletivo religioso, e impedir, afetar ou violar a realização de atos de culto⁴⁴⁹. Relevante na questão é a indispensável

⁴⁴⁶ MAYER, Matthias – *Untermaß, Übermaß...*, op. cit. p. 51, reforça a vinculação existente entre o “dever estatal de proteção” (*staatliche Schutzpflicht*) e os direitos fundamentais como direitos de defesa (*Abwehrrechte*), asseverando que, ladeando esse *status negativus* conferido ao indivíduo, surge também a responsabilidade do Estado, por ser detentor do “monopólio do poder” (*Gewaltmonopol*), na realização da proteção dos indivíduos frente a ações de terceiros.

⁴⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme – *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 36.

⁴⁴⁸ Neste sentido, cfr. NAVAS, Marina Meléndez-Valdés – Tutela y protección de la libertad religiosa. In Miguel Á. Asensio Sánchez; Arturo Calvo Espiga; Marina Meléndez-Valdés Navas; José A. Parody Navarro. *Derecho, Conciencia y Libertad Religiosa: derecho y factor religioso*. 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 2015. pp. 270 e ss. A título adicional, interessante notarmos que no contexto do ordenamento jurídico-penal brasileiro, as condutas referenciadas se encontram tipificadas num mesmo dispositivo, o art. 208 do Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de setembro de 1940), donde se tomam como núcleos de ação os atos de “escarnecer”, “impedir” e/ou “vilipendiar”, sejam opostos contra terceiros, em face de cerimônias ou práticas culturais, ou direcionados a atos e/ou objetos de culto. Em essência, constituem tipos penais relacionados à proteção do sentimento religioso como bem jurídico tutelado.

⁴⁴⁹ Assim, no que tange à questão do “escárnio”, atenta LINARES, Mercedes Frías – La protección de la libertad religiosa. In José María Porrás Ramírez (Coord.). *Derecho de la Libertad Religiosa*. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016.

observância do dever de neutralidade estatal (respeitando-se o conteúdo essencial), cabendo ao Estado, na realização do múnus legiferante em matéria jurídico-penal, atuar de forma neutra e imparcial perante todas as Igrejas, confissões e comunidades religiosas. Compete assim ao Estado cumprir com o dever de proteção que lhe é oposto pela via objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa sem que opere distinções materiais, protegendo a todos independentemente da fé professada (ou mesmo da inexistência de fé).

3.5.2. Religião como motivo de moralidade e como elemento de estigmatização penal

Duas outras dimensões do reflexo jurídico-penal da liberdade religiosa devem ser aqui mencionadas: *a)* a capacidade do fator religioso como parâmetro de moralidade objetiva no âmbito da persecução penal; e *b)* a profissão de fé religiosa como fator de estigmatização penal.

No que tange à primeira dimensão da problemática, sobressalta o perigo da imersão e filtragem moral através de atos de coerção penal dotados de parametricidade religiosa. Por esta via, intenta-se uma espécie de dotação moral do ordenamento jurídico pela junção entre discurso jurídico-penal e espectros de religiosidade tidos como válidos e inultrapassáveis do ponto de vista objetivo⁴⁵⁰. Central ao problema é a constante funcionalização e operacionalização de normas jurídico-penais como forma de combate militante a segmentos religiosos tidos por indesejáveis em termos morais e políticos, ou mesmo como meio de perenização de um segmento religioso com ativa influência política⁴⁵¹.

Ao fundo, confronta-se a problemática com o inarredável respeito ao dever de neutralidade estatal. Dada a exclusividade do Estado no que tange ao exercício do *ius puniendi*, a elaboração normativa e a execução dos respectivos preceitos penais somente serão legítimas quando em plena conformidade constitucional, em especial frente aos direitos fundamentais.

p. 176, com base em jurisprudência do Tribunal Supremo, que o vocábulo compreende a ofensa ou atos públicos vexatórios dirigidos contra confissões religiosas, seus dogmas, ritos ou cerimônias.

⁴⁵⁰ A título de exemplo, citamos a *Sharia* como fonte principal do direito islâmico. Nessa imbricação, opera a *Sharia* como exclusivo canal jurídico-teológico de condução à divindade e à correção divina. Como afirma FALLON, Sarah M. – Justice for All: American Muslims, Sharia Law, and Maintaining Comity with American Jurisprudence. *Boston College International and Comparative Law Review*. Newton: Boston College Law School. ISSN 0277-5778. Vol. 36, n.º 1 (2013), p. 159, a *Sharia* é muito mais do que um simples sistema jurídico, configurando, em verdade, um sistema conjunto de direito e de moralidade objetiva.

⁴⁵¹ Segue o exemplo da Arábia Saudita onde a profissão do ateísmo é considerada prática de imediata recondução ao âmbito do terrorismo. De acordo com o Relatório Mundial de 2015 elaborado pelo Observatório de Direitos Humanos, o Ministério do Interior da Arábia Saudita emitiu inúmeras regulações em março de 2014 onde listou organizações que considerava de cunho terrorista, tendo na ocasião, vedado atos de “chamamento ao pensamento ateísta”, posto que considerados como atos de terrorismo (cfr. HUMAN RIGHTS WATCH – *World Report 2015*. Bristol: Policy Press, 2015. p. 462). Na hipótese, como *leit motiv* da funcionalização penal está a intenção das autoridades sauditas em impedir a configuração do pluralismo religioso, vedar o surgimento de qualquer segmento ateísta ou agnóstico, além da clara perenização do islamismo como religião única e exclusiva do Estado e do país.

Desta feita, cabe à atuação jurídico-penal do Estado se eximir de qualquer assunção valorativa em seus pressupostos punitivos, sob pena de, ao contrário de proceder à proteção de bens jurídicos de relevância objetiva, inquinar a tutela penal com parcialidade ideológica e, *in casu*, teológica. É nessa interseção entre valores (teológicos) de Estado e *ius puniendi* que BOZZA enxerga o ponto de viragem do Estado liberal ao Estado totalitário, passando este último à tutela penal de uma axiologia própria e decerto supraindividual⁴⁵².

O discurso jurídico-penal deve se prestar, na esteira da realização do dever estatal de proteção, à tutela de bens jurídicos apontados ao nível constitucional, decerto aqueles abarcados pelos direitos fundamentais, tal qual a liberdade religiosa. Entretanto, é defeso ao Estado instituir proteção penal de cariz e fundamentação subjetiva, buscando o atingimento de objetivos outros que não o da tutela objetiva de bem jurídicos. O Estado é ente desprovido de personalidade *in concreto*, não podendo, portanto, assumir uma filosofia ou teologia penal de punição⁴⁵³.

Cotejando-se a questão com os pressupostos teórico-dogmáticos desenvolvidos e assentados ao longo da investigação, torna-se patente a sua inconformidade para com o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa. Sob o vetor do dever de neutralidade, opõe-se a garantia do conteúdo essencial da liberdade religiosa como elemento de bloqueio a quaisquer tentativas de filtragem paramétrica do discurso jurídico-penal pela via teológica, posto que à tutela penal compete a prossecução da proteção objetiva, neutra e imparcial de bens, interesses e valores albergados ao nível constitucional. Como bem assevera VALENTE, deve o Direito Penal se prestar a uma “função de equilíbrio” entre o dever de proteção de bens jurídicos sujeitos à tutela penal e o dever de proteção da pessoa do delinquente, tarefa a qual não cumprirá com acuidade e higidez constitucional caso atue o Estado com base em parâmetros de um evidente e nefasto discurso teológico⁴⁵⁴.

Quanto à segunda dimensão, funcionaliza-se o fator religioso como elemento constituinte do processo de estigmatização operado sob os auspícios do Direito Penal do Inimigo. Tal estigmatização é salientada por VALENTE quando se refere ao discurso da

⁴⁵² BOZZA, Fábio da Silva – *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 124.

⁴⁵³ Claro exemplo disso é a experiência alemã na esteira do nefasto regime nacional-socialista, onde o Terceiro Reich obrigou a legislação e a jurisdição penal ao alinhamento para com a filosofia discriminatória e racista assumida em seus fundamentos e objetivos. Neste sentido, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 48, salienta a “teoria do extermínio das raças menores” como base estruturante de uma “ordem jurídica ariana” a ser estabelecida. Na mesma linha, BOZZA, Fábio da Silva – *Op. Cit.* p. 125, assevera: “(...) a chegada do nacional-socialismo ao poder rompeu totalmente com os pressupostos político-ideológicos do racionalismo iluminista”.

⁴⁵⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo...*, op. cit. pp. 103 e 104.

“antijuridicidade permanente ou elevada danosidade” de certos indivíduos no contexto do Direito Penal do Inimigo⁴⁵⁵. A profissão de fé, a linguagem e os caracteres religiosos passam a servir como parâmetro de aferição e constatação de potencial perigosidade, predicando determinados segmentos religiosos como combativos, ameaçadores ou causadores de desordem pública⁴⁵⁶. Busca-se nos traços de dado espectro de religiosidade as características de um suposto inimigo do Estado⁴⁵⁷, passando à confusão (ou mesmo equiparação) entre proselitismo, fundamentalismo e terrorismo global.

Por exemplo, pessoas ou grupos cuja profissão de fé aponta para a assunção de ideais fundamentalistas da banda islâmica são de chofre tidos como verdadeiros inimigos de Estado, reconduzindo todas as suas ações a potenciais atos de perigosidade à ordem democrática. A partir daí, ocorre a subversão do discurso jurídico-constitucional da liberdade religiosa ao buscar na linguagem dos limites (restrições) a motivação tópica para a submissão de tais fiéis a medidas decerto desproporcionais (em Estado Constitucional), como investigações invasivas realizadas por serviços de inteligência, prisões ilegais, interrogatórios desnecessários e condenações sem fundamentação probatória⁴⁵⁸. Desta feita, para alguns segmentos religiosos (em especial, os fundamentalistas), o exercício da liberdade religiosa acaba por ser transmutado em evidente fator de niilificação humana no contexto da nefasta inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo⁴⁵⁹.

Do ponto de vista jurídico, torna-se inconcussa a contradição dos pressupostos epistemológicos e dos objetivos de tal estigmatização penal para com as bases dogmáticas do direito fundamental à liberdade religiosa. A liberdade de escolha e de exercício de fé religiosa encontra na prática estigmatizante do Direito Penal do Inimigo um óbice que deve ser transposto pela força normativa de tal direito, evitando que o *chilling effect* (efeito de

⁴⁵⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo...*, op. cit. p. 110.

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª. ed., 4ª. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2016. pp. 21 e ss., assevera que a ideia de “inimizade” tem por pressuposto e essência a consideração “do outro” como estranho, como dissidente. Acentua, ainda, que a estigmatização do “inimigo” não se dá pelo fato de sua notória periculosidade, mas apenas por uma expressa pré-compreensão do poder estatal sobre terceiros que considere discriminadamente dotados de animosidade.

⁴⁵⁷ Neste sentido, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo...*, op. cit. p. 26, atenta, na base do Direito Penal do Inimigo, para o deslocamento da normatividade do “dever-ser” em direção à factualidade do “ser”. Passa-se, assim, à sistemática de penalização não pelas condutas tipificadas e cometidas por alguém, mas sim pelas características e idiosincrasias deste. Como salienta BOZZA, Fábio da Silva – *Op. Cit.* p. 55, a ideia de inimigo é tomada pelo parâmetro descritivo, e não pelo normativo.

⁴⁵⁸ Dentre as medidas decorrentes da assunção do Direito Penal do inimigo, cfr. os reflexos materiais e processuais acentuados por VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo...*, op. cit. pp. 112-118.

⁴⁵⁹ Assim, ZAFFARONI, Eugenio Raúl – *O inimigo...*, op. cit. p. 164, se refere à inevitável “negação do Estado de direito” ao se tomar a “razão de Estado” como suporte justificativo de um Direito Penal direcionado ao “inimigo”. Ainda, afirmando a existência de uma verdadeira negação ontológica ao se falar em Direito penal do inimigo, cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo...*, op. cit. pp. 110 e ss.

desestímulo)⁴⁶⁰ gerado pelo *ius puniendi* voltado ao “inimigo” não desloque a liberdade religiosa para o nível da inefetividade. Nesse desiderato, compete não apenas ao princípio da vedação de excesso⁴⁶¹ controlar as restrições impingidas sobre o direito fundamental à liberdade religiosa, mas, em elevada consideração, à garantia do conteúdo essencial realizar todo o esforço normativo necessário a obstar o referido processo de niilificação.

De toda forma, caberá também à garantia do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, em especial sob os elementos da autodeterminação individual (*forum internum*) e do dever de neutralidade estatal, a proteção e o reforço normativo indispensáveis ao bloqueio de inconstitucionalidades daí decorrentes.

⁴⁶⁰ O *chilling effect* a que nos referimos é gerado pela ambiência de potencial punição decorrente da assunção de um *ius puniendi* baseado em traços, elementos e idiosincrasias de fé religiosa.

⁴⁶¹ No âmbito jurídico-penal, deve o princípio da vedação de excesso garantir a limitação material das restrições aos direitos fundamentais de forma a impedir que o Direito Penal realize uma função de anulação ao invés de uma função de promoção. Neste sentido, cfr. BOZZA, Fábio da Silva – *Op. Cit.* p. 221.

4. A PROTEÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL COMO FATOR DE INTEGRAÇÃO SÓCIO-POLÍTICA NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA E PLURALISTA

4.1. Constituição e integração

A conexão entre Constituição e integração sócio-política⁴⁶² (doravante apenas integração) deve partir do âmbito da teórica-constitucional, donde poderemos extrair o significado útil necessário à estruturação da função jurídico-constitucional integrativa. Em inovadora abordagem teórica à época de Weimar, Rudolf SMEND analisou a ideia de Constituição e a sua funcionalização a partir daquilo que considerou por “Teoria da Integração” (*Integrationslehre*), compreendendo-a não apenas como a “ordem jurídica do Estado” (*die Rechtsordnung des Staats*), senão também como o espectro vital estatal no interior do qual ocorre um relevante processo de integração⁴⁶³. De acordo com SMEND, o referido processo de integração tem por sentido a renovação da totalidade da vida estatal, onde o significado jurídico da Constituição aponta para a normatização de cada etapa deste processo⁴⁶⁴. Dentre os fatores que considera essenciais e constitutivos ao processo de integração, SMEND releva a função dos direitos fundamentais no mister, asseverando ser por eles possibilitada a instituição de âmbitos culturais e de um sistema de valores que integram o sentido da vida estatal⁴⁶⁵.

⁴⁶² Referimo-nos, em termos gerais, à integração social, política e cultural, e não apenas à integração em termos de participação política. Entretanto, preferimos utilizar o termo “integração sócio-política” pela abrangência semântica que o mesmo proporciona. Ademais, a integração social (integração pela relações intersubjetivas) e a integração cultural (pela recepção e acomodação de esferas culturais) constituem também pressuposto para uma efetiva integração sócio-política *stricto sensu* considerada. Atentando a proximidade conceitual entre integração social e integração política, cfr. FRANKENBERG, Günther – *A gramática da Constituição e do Direito*. Tradução do original em alemão *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 153. Ainda, saliente-se que o conceito de integração que tomamos por base em nada se vincula ou assimila com a ideia de “integracionismo mais extremo” observado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, op. cit. pp. 112 e 113.

⁴⁶³ SMEND, Rudolf – *Verfassung und Verfassungsrecht*. Reprint. Berlin: Duncker & Humblot, 1928. p. 78. Para Smend (pp. 80 e 81), uma Constituição não representa apenas uma norma, mas antes uma realidade, a realidade da vida estatal, cuja dinamicidade aponta para a sua natureza de realidade integrativa. A preocupação de Smend, como assinala BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. p. 182, está em analisar as relações entre Constituição e realidade para além de uma dialética excludente. Por isso, SMEND, Rudolf – *Verfassung und Verfassungsrecht*. p. 85, rejeita as teorias que exergam na Constituição um mero aparato técnico-objetivo e mecânico voltado à consecução de objetivos determinados, pois nesse sistema de integração que lhe é subjacente e essencial, a Constituição representa decisões estatais que são renovadas e desenvolvidas de forma constante.

⁴⁶⁴ SMEND, Rudolf – *Verfassung und Verfassungsrecht*. p. 78.

⁴⁶⁵ *Ibidem*. p. 164.

4.1.1. Integração pelos direitos fundamentais: a liberdade religiosa e sua função de integração

No contexto do processo de integração pelos direitos fundamentais, dois são os *topoi* indispensáveis à sua operacionalização: a instituição de uma ordem de valores e a dinâmica de legitimação que se torna possibilitada. No âmbito do primeiro *topos*, compreende-se o plexo de direitos fundamentais como uma pletera de valores tomada do ponto de vista jurídico-constitucional, donde são extraídas exigências de conformação axiológica para toda a ordem jurídico-estatal e político-estatal⁴⁶⁶. Importa ressaltarmos não se tratar, na hipótese, da assunção estatal de determinado viés axiológico-identitário com a consequente exclusão de outras perspectivas, segmentos ou possibilidades valorativas, senão do reconhecimento objetivo do substrato material que estrutura o constitucionalismo liberal-democrático, em especial sob o significado objetivo-institucional dos direitos fundamentais⁴⁶⁷.

Pelos direitos fundamentais opera-se também uma dinâmica de legitimação em distintos níveis, pois os conteúdos jurídico-materiais que carregam, ao conferirem *status* jurídico-político aos indivíduos, possibilitam a livre atuação humana no contexto societário,

⁴⁶⁶ Neste sentido, SMEND, Rudolf – *Verfassung und Verfassungsrecht*. p. 164, entende ser pela instituição de uma ordem de valores que os direitos fundamentais contribuem para a integração material da Constituição. Sobre a construção da ideia de “ordem de valores” na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, em especial na *Lüth-Urteil*, cfr. SCHLINK, Bernhard – *Abwägung im Verfassungsrecht*. pp. 17 e ss. Cfr., ainda, HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit p. 135. Da banda crítica, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 1397 e 1398, assevera a ameaça quanto à possibilidade de instituição de uma “tirania de valores” e a problemática da transformação da pletera de direitos fundamentais em uma ordem fechada.

⁴⁶⁷ Um atual exemplo sobre esta perspectiva pode ser visto no âmbito do julgamento do processo de declaração de inconstitucionalidade de partidos políticos (*Parteiverbotsverfahren*) na Alemanha, consoante o art. 21, nº. 2, *Grundgesetz*. Em janeiro de 2017, o *Bundesverfassungsgericht* julgou o pedido realizado pelo *Bundesrat* sobre a inconstitucionalidade do *NPD* (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), partido de tendências neonazistas. Ao rejeitar a pretensão de inconstitucionalidade (2 *BvB* 1/13), assentou o Tribunal, logo na fixação dos princípios básicos da decisão (*Leitsatz* nº. 6, a), que tal processo não se destina à proibição de pensamentos e/ou visões de mundo (“*Das Parteiverbot ist kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot*”). Na hipótese, alegava-se que o *NPD* possui tendências políticas voltadas à destruição da ordem constitucional democrática. Entretanto, entendeu o Tribunal que a simples assunção de tendências antidemocráticas em potencial não era o suficiente para que houvesse uma declaração de inconstitucionalidade e sua consequente proibição, senão que era indispensável a existência de ações concretas ao atingimento daquele suposto objetivo, o que na hipótese não havia. Assim, decidiu o Tribunal que, pela essência do procedimento (*Parteiverbotsverfahren*), que não se destina à supressão de visões e/ou opiniões, tornara-se imperiosa a rejeição da demanda. O procedimento de declaração de inconstitucionalidade de partidos políticos visa a proteção da ordem constitucional livre e democrática, em especial sob o vetor de proteção da dignidade da pessoa humana, tomado como valor objetivo. Inobstante, a assunção deste valor objetivo (dignidade humana) pela via dos direitos fundamentais que lhe estão vinculados de forma direta, não importa, como delineado no caso acima referenciado, em exclusão de outras possibilidades valorativas, tais como distintas opiniões, pensamentos ou visões de mundo, senão que as abarca de uma forma plural e aberta. Por tal motivo (além de outros aqui não especificados), que o *Bundesverfassungsgericht* resolveu por não declarar a inconstitucionalidade do *NPD*. Sobre o procedimento, cfr. HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit pp. 297 e ss., e SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan – *Das Bundesverfassungsgericht*. 10. Aufl. München: C. H. Beck, 2015. pp. 236 e 237.

legitimando-os como *insiders* da comunidade política⁴⁶⁸. Ainda, aqui nos apoiamos em HÄBERLE aos asseverar que os direitos fundamentais constituem o “fundamento funcional da democracia”, operando como canais de viabilização para a possível transmutação da minoria em maioria⁴⁶⁹.

Uma vez referenciados os *topoi* de integração pelos direitos fundamentais, competenos analisar a capacidade de integração pela bitola do direito fundamental à liberdade religiosa, senão vejamos. Como valor objetivo, a liberdade religiosa insere dois elementos que fundamentam e guiam o posicionamento jurídico-constitucional acerca do fenômeno religioso: o pluralismo⁴⁷⁰ e a neutralidade. O primeiro indica a abertura ideológica e teológica sob a qual o Estado se assenta, e a segunda a imparcialidade substancial e formal com que o Estado deve desempenhar suas funções perante os influxos materiais a que está aberto.

No que tange à dinâmica de legitimação, assume a liberdade religiosa o caráter de dado constitucional legitimador de uma pluralística manifestação religiosa na esfera pública, possibilitando as mais variadas expressões, culturas e tradições religiosas sem qualquer acepção de conteúdo por parte do Estado. Desta forma, o exercício plural e aberto da liberdade religiosa permite a consideração de todos como *insiders* da comunidade política, sendo-lhes também facultada a capacidade de influenciar a vida política do Estado com base em suas crenças e razões motivadas pelo impulso religioso – ressalvado aqui o indispensável respeito aos valores do Estado Constitucional, em especial a dignidade da pessoa humana.

4.1.2. Integração pela abertura estrutural, semântica e interpretativo-procedimental

Uma outra via de integração está na abertura estrutural, semântica e interpretativo-procedimental que a Constituição do Estado de direito democrático possui. Como Constituição aberta, compreende-se o texto constitucional não sob o aspecto de um sistema jurídico-

⁴⁶⁸ Neste sentido, HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial...*, op. cit. p. 5, sob a ideia de *status libertatis*, refere-se aos direitos fundamentais como canais de atualização da liberdade. Cfr., também, LUÑO, Antonio E. Pérez – *Los derechos fundamentales*. pp. 20 e 21. Ressaltamos, no mister, a liberdade de expressão, a liberdade de associação, a liberdade de locomoção, o direito de petição, o acesso à Justiça, a liberdade religiosa, dentre outros, como elementos ativos de integração e participação sócio-política. Assim, como bem afirma PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral – *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 32, “(...) tal é a sinalética actual da legitimidade”.

⁴⁶⁹ HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial...*, op. cit. pp. 20 e 23.

⁴⁷⁰ Nos referimos aqui ao pluralismo de valor (*value pluralism*) como pressuposto necessário ao reconhecimento de todas as formas de expressão religiosa no âmbito jurídico-constitucional da sociedade democrática e pluralista. Sobre o pluralismo de valor como reconhecimento da incomensurabilidade de determinados valores, cfr. DANCHIN, Peter G. – *Suspect Symbols...*, op. cit. pp. 44 e ss. Cfr., também, DULCE, María José Fariñas – *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014. pp. 33 e ss.

constitucional fechado e acabado, senão como estrutura constitucional cujo arquétipo essencial é traçado em suas bases, e cuja atualização, conformação e densificação se quedam submetidas aos fluxos materiais variáveis no tempo e no espaço⁴⁷¹. A essência da abertura constitucional está de todo vinculada ao que HÄBERLE defende como “pensamento possibilista”, uma vez que todo o material jurídico-constitucional deve se quedar desenvolvido a partir de uma perspectiva de alternativas (inserção no contexto do espectro de possibilidades e de “novas realidades”)⁴⁷².

Sobre o processo de integração pela abertura constitucional, referenciamos três canais fundamentais para tanto: a abertura estrutural, a abertura semântica e a abertura interpretativo-procedimental⁴⁷³. A abertura estrutural da Constituição democrática se dá pela assunção de um arquétipo que é construído sob a forma principiológica, onde o material normativo de “dever-ser” se deixa completar e complementar pelos influxos de novas realidades temporais. Como mecanismo representativo de tal abertura estrutural, OTERO referencia as possibilidades de alteração e modificação constitucional, pois, na assunção de uma arquitetura aberta, não pode e nem deve o texto constitucional pretender-se imutável⁴⁷⁴.

No que se refere à abertura semântica, o texto constitucional de uma sociedade democrática e pluralista é integrado por dados, elementos e materiais normativos dotados de abertura semiótica possibilitadora à consideração e proteção de um largo espectro de valores, ideias e ações, não se permitindo enclausurar em uma espécie de decisionismo axiológico repulsante *in abstracto* a novas acepções⁴⁷⁵. Decerto que a abertura semântica está vinculada à abertura semiótica. É da dúctil linguagem constitucional (BARROSO se refere, neste ponto, à plasticidade das normas constitucionais)⁴⁷⁶ que o possibilismo e as alternativas semânticas se tornam viáveis⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ Assim, para CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, op. cit. p. 147, a abertura da Constituição surge como resposta e solução contra uma forma de “totalitarismo constitucional”.

⁴⁷² HÄBERLE, Peter – *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Tradução do original em alemão *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, de Emilio Mikunda. Reimp. Madrid: Tecnos, 2008. pp. 62 e 63.

⁴⁷³ De acordo com OTERO, Paulo – *Direito constitucional português*. pp. 173 e 174, a abertura constitucional no contexto da sociedade aberta e plural se divide em cinco partes: a abertura estrutural, a abertura normativa, a abertura política, a abertura interpretativa e a abertura implementadora.

⁴⁷⁴ OTERO, Paulo – *Direito constitucional português*. pp. 174-177.

⁴⁷⁵ Relevante, neste sentido, o fenômeno da mutação constitucional. Partindo-se da abertura semiótica e semântica das normas constitucionais, passa-se a uma nova interpretação da norma, alterando seu sentido, mas sem que haja qualquer modificação em sua textualidade. Para tanto, cfr. BARROSO, Luís Roberto – *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 157 e ss. De certa forma, trata-se também daquilo que OTERO, Paulo – *Direito constitucional português*. p. 180, aborda sob o aspecto da “normatividade constitucional não oficial”.

⁴⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto – *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, op. cit. p. 158.

⁴⁷⁷ Por exemplo, a semiótica constitucional da liberdade religiosa – em geral expressa na forma “é garantida a liberdade de religião e de culto” ou análogas – permite a abertura semântica para a determinação daquilo que vem

Quanto à abertura interpretativo-procedimental, a Constituição democrática não se permite enclausurar numa espécie de autopoiese hermenêutica, fechando-se em considerações e tomadas de posicionamento decorrentes da perspectiva autêntico-funcional do Estado. Antes, abre seu horizonte hermenêutico ao processo público de vivência normativa e de atualização pluralista. Neste sentido, HÄBERLE enxerga na interpretação constitucional um “processo público” aberto para o futuro, tanto em termos estruturais quanto materiais, não se limitando à assunção dos produtos interpretativos decorrentes da hermenêutica realizada por uma esfera hermética e legitimada do ponto de vista institucional⁴⁷⁸. Em termos metodológicos, HÄBERLE expõe essa abertura interpretativo-procedimental ao defender que o múnus hermenêutico a ser exercido na operacionalização, configuração e atualização do conteúdo jurídico-normativo da Constituição deve se dar no contexto de uma “sociedade aberta” de intérpretes constitucionais⁴⁷⁹. Ao centro argumentativo de sua teoria aberta, HÄBERLE afirma que todos aqueles que vivem e participam da vida constitucional são também seus potenciais intérpretes⁴⁸⁰.

Isto posto, como se dá a imbricação da abertura constitucional com a questão do processo de integração? Na conjunção funcional dos três canais acima referidos, a integração sócio-política se torna possibilitada pela legitimação participativa das mais variadas formas de expressão cultural, teológica e política. Dada a abertura constitucional aos influxos variáveis no tempo e no espaço, não permite a formação de um espectro jurídico-constitucional fechado a distintos valores, impressões e representações sociais. Em termos semânticos, a fluidez com

a ser considerado por “religião”, o que por sua vez exige a adoção de um posicionamento aberto sob os auspícios do conceito tipológico.

⁴⁷⁸ HÄBERLE, Peter – *Pluralismo y Constitución...*, op. cit. pp. 86-94. Häberle (p. 89), por exemplo, assevera que um dos elementos constitucionais voltados à viabilização de tal abertura hermenêutica está no próprio conceito de “dignidade da pessoa”, através do qual a ideia de tolerância é extraída e assim possibilitada uma “paleta de sentidos exegeticos”. Ao fundo, anota CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, op. cit. p. 91, que a ideia de “processo público” de Häberle expressa uma autêntica teoria da Constituição, considerando-a como “processo” expresso nos *topoi* “compreensão pluralística normativo-processual”, “alternativas”, “pluralização da legislação constitucional”, “pluralidade de intérpretes” e “força normativa da publicidade”. Conquanto, não obstante os pontos positivos da teoria de Häberle, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, op. cit. pp. 97-100, oferece algumas críticas, referindo-se em especial ao perigo de “défície normativo” a que a Constituição estaria submetida.

⁴⁷⁹ HÄBERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução do original em alemão *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. pp. 12 e 13. Do ponto de vista metodológico, Häberle (pp. 20-23) exemplifica a ideia de sociedade aberta de intérpretes constitucionais ao defender a ampla abertura participativa no âmbito da jurisdição constitucional. Assim, assevera que, para além dos atores funcionalmente vinculados, ou seja, os autênticos intérpretes (juízes, órgãos estatais em geral, advogados e demais *experts*), devem participar nesse processo público de interpretação a “opinião pública democrática e pluralista” (imprensa, rádio, televisão, etc.) e a “doutrina constitucional”.

⁴⁸⁰ HÄBERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional...*, op. cit. p. 15.

que são dotadas as normas constitucionais – o que também decorre de sua abertura estrutural – permite a incorporação de uma miríade de expressões e representações axiológicas, e a abertura interpretativo-procedimental viabiliza a participação ativa de inúmeros grupos sociais no fluir da vida constitucional. Portanto, toda essa configuração constitucional de abertura acaba por funcionar como elemento de ativação de um processo de realimentação (*feedback*) e de reforço normativo do direito fundamental à liberdade religiosa, em especial ao direcionar a sua delimitação e densificação a partir da assunção de uma amplitude em termos de suporte fático e de âmbito de proteção – como aqui temos defendido.

4.1.3. Integração pelo reflexo jurídico-constitucional da Cultura

Na presente perspectiva, salientamos a representação da Constituição como substrato e reflexo jurídico de todas as expressões culturais da sociedade aberta e pluralista. No que concerne ao conceito de cultura, e em que pese a pluralidade de concepções possíveis, podemos compreendê-la como um complexo aberto e fluído de experiências históricas representativas de um dado grupo social⁴⁸¹. Ao abordar o conceito de cultura, HÄBERLE assevera que a sua essência é constituída por “ideias tradicionais” e valores que lhe estão associados, podendo ser observada por ao menos cinco pontos fundamentais: histórico (a cultura é vista como herança ou tradição social), normativo (a cultura como o conjunto de regras ou modos de vida de acordo com ideais, valores e relações), psicológico (cultura como processo de aquisição de costumes ou práticas cotidianas), estrutural (cultura como processo de estruturação de padrões) e genético (cultura como produto, ideias ou símbolos)⁴⁸².

⁴⁸¹ MELO, Verônica Vaz de – *Direitos Humanos: a proteção do direito à diversidade cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 23 e ss., oferece alguns conceitos e teorias explicativas do fenômeno cultural. Dentre os conceitos e teorias colacionadas, ressaltamos aqui a ideia de “processo acumulativo” de experiências históricas (p. 25), a formação de “padrões de comportamento socialmente transmitidos” (p. 26) e as conceituações como “sistema cognitivo”, “sistema estrutural” e “sistema simbólico” (pp. 26 e 27). Ao nosso ver, todas essas possibilidades conceituais acabam por conferir um significado conjunto e lógico compreensível ao termo “cultura”, a partir do qual podemos entendê-la como estrutura cognitiva cujo conteúdo é formado por todos os elementos representativos que simbolizem o arcabouço empírico-cultural de um grupo social. Ainda, cfr. SILVA, Vasco Pereira da – *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 9 e 10, consigna três acepções “abertas” e juridicamente relevantes do termo “cultura”: como “realidade intelectual e artística” variável no tempo, como o “domínio da criação e da fruição intelectual e artística” e sua relação com os “direitos espirituais”, e como “realidade complexa enraizada em grupos sociais, agregados populacionais ou comunidades políticas”.

⁴⁸² HÄBERLE, Peter – *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. p. 11. Sobre os conceitos tradicionais, Häberle (p. 10) referencia a cultura como a totalidade dos conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e outros elementos que reforçam a vinculação do homem como membro da comunidade; a cultura como a “totalidade da tradição social”; e cultura como “herança social”.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, em especial da perspectiva da força normativa dos direitos fundamentais, a ideia de cultura requer uma vinculação conceitual de ordem aberta, motivo pelo qual HÄBERLE afirma não ser possível – além de não ser recomendado – a construção de um conceito denifitório e fechado em termos materiais⁴⁸³. De toda forma, com vistas à configuração dogmática de um “direito constitucional da cultura” (*Kulturverfassungsrecht*), HÄBERLE aponta três *topoi* voltados a direcionar a percepção constitucional sobre a questão: “tradição” (*Tradition*) – cultura é uma forma de mediação histórico-temporal –, “mudança” (*Wandel*) – cultura traduz um processo de constante evolução – e “pluralismo” (*Pluralismus*) – cultura não é monoliticamente identitária, sendo possível a coexistência de inúmeras variantes no âmbito de uma comunidade política⁴⁸⁴. Nessa toada, HÄBERLE assinala que o “conceito aberto de cultura” (*der offene Kulturbegriff*), essa aberta compreensão que decorre da estrutura pluralista da comunidade política, é integrado por todas as tradições culturais e culturas educacionais, incluídas a cultura *mainstream*, as culturas alternativas, as sub-culturas e as contra-culturas⁴⁸⁵.

Assim, a partir de tal conceito aberto de cultura, e aqui em conjugação com a concepção häberliana de Constituição como “processo público”, enxerga-se no Direito Constitucional o substrato-estrutural de palmar reflexo cultural a partir do qual todos os elementos e dados culturais existentes na comunidade política são reconhecidos, abarcados e legitimados, tornando-se parte integrante de uma Constituição que se tem por viva e dinâmica⁴⁸⁶. Portanto, todo elemento social de ordem cultural se encontra representado ao nível constitucional, configurando-se como *insider* sócio-político da comunidade. Em termos metodológicos, HÄBERLE demonstra a funcionalização do substrato jurídico-constitucional da cultura no contexto da interpretação, assinalando que o trabalho hermenêutico realizado não deve levar em consideração apenas os dados textuais da literalidade, mas antes deve operar com todos os elementos culturais subjacentes à experiência constitucional e à vivência estatal⁴⁸⁷.

No que tange ao processo de integração, em especial na sua imbricação com o fenômeno religioso e suas diversas formas de manifestação e representação, o reflexo e o substrato jurídico-constitucional da Cultura apresentam-se como canais de recepção e

⁴⁸³ HÄBERLE, Peter – *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. p. 10.

⁴⁸⁴ *Ibidem*. p. 12.

⁴⁸⁵ *Ibidem*. pp. 16 e 17.

⁴⁸⁶ Neste sentido de “Constituição viva”, HÄBERLE, Peter – *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. p. 19, assevera constituir o produto de todos os “intérpretes constitucionais da sociedade aberta” (*Verfassungsinterpreten der offenen Gesellschaft*), configurando-se em uma moldura aberta à recepção de informações, experiências e vivências culturais as mais diversificadas.

⁴⁸⁷ HÄBERLE, Peter – *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. p. 27.

acomodação dos influxos teológicos (crenças religiosas) propalados pelos mais diversos grupos sociais que se exprimem na esfera pública, sem que sejam realizadas quaisquer distinções formais ou materiais. Importa ressaltarmos que a visão constitucional-cultural aqui não se dirige ao estabelecimento de uma espécie de espectro cultural identitário-fechado, a partir do qual se pretenda a dedução de argumentos voltados a restrições veladas operadas contra minorias religiosas⁴⁸⁸. Portanto, contrário a qualquer assunção jurídico-constitucional de um espectro cultural identitário exclusivo – tal qual a experiência francesa sob a ideia dos valores republicanos do secularismo e da laicidade –, compreende-se aqui a ampla justificação e recepção constitucional configurada do fenômeno cultural, das tradições religiosas de diversos grupos sociais (maiorias e minorias religiosas), visualizando-se os sujeitos do direito fundamental à liberdade religiosa como sujeitos legítimos e integrados na qualidade de *insiders* da comunidade política.

4.2. Metodica jurídico-constitucional de integração

4.2.1. Hermenêutica diatópica e seus elementos de inserção jurídico-constitucional

A hermenêutica diatópica constitui o *modus operandi* destinado à viabilização do estabelecimento de um diálogo entre esferas valorativas estanques. Partindo-se da liminar incompletude “do outro”, intenta-se a empática compreensão e a conseqüente harmonização das pretensões *a priori* opostas⁴⁸⁹. Ao apontar e analisar as três “tensões dialéticas” que configuram a modernidade ocidental e a sua relação com os direitos humanos, Boaventura de Sousa SANTOS identifica a atuação de dois movimentos de forças contrárias: a “globalização hegemônica”, no interior da qual surge o discurso dos direitos humanos sob o predicado da universalidade, e a “globalização contra-hegemônica”, por meio da qual os direitos humanos operam com uma pretensão “cosmopolita” e visam a construção de uma compreensão multicultural⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Tal é a situação descrita por MANCINI, Susanna – *The Power of Symbols and Symbols as Power...*, op. cit. p. 2635 e 2639, quanto à abordagem cultural de certos símbolos religiosos, asseverando que tal compreensão, ao invés de alcançar o consenso sobre o significado de determinados objetos religiosos, acaba por gerar um efeito decerto discriminatório e de conseqüente exclusão social.

⁴⁸⁹ De acordo com SANTOS, Boaventura de Sousa – *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. Contexto Internacional*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. ISSN 0102-8529. Vol. 23, nº. 1 (janeiro/junho 2001), p. 21: “A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem”.

⁴⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Para uma Concepção Multicultural...*, op. cit. pp. 9 e 10, após apontar as categorias dicotômicas “regulação social x emancipação social”, “Estado x sociedade civil” e “Estado-nação x globalização” como “tensões dialéticas” da modernidade ocidental, questiona: “Como os direitos humanos

SANTOS, ao fixar as premissas indispensáveis à realização do “diálogo intercultural”, identifica a existência da diferença e da incompletude alheia como elementos fundamentais, e como forma de evitar embates apriorísticos sobre a veracidade e universalidade de *topoi* pertencentes a distintas esferas culturais⁴⁹¹. No que tange à aplicação da hermenêutica diatópica, SANTOS exemplifica com a problemática da conciliação entre o conceito ocidental de direitos humanos e a respectiva concepção islâmica, onde se refere à existência de duas pretensões contraditórias: de um lado, a total vinculação e identificação do direito islâmico aos preceitos da *Sharia*, com claras implicações de inconsistência para com o ideal de direitos humanos da cultura ocidental – segregação entre homens e mulheres, por exemplo –, e de outra banda, a exigência de submissão do direito islâmico aos filtros secularistas da cultura ocidental, em cuja pretensão defende-se a secularização dos Estados muçulmanos⁴⁹². A fim de que se logre um efetivo diálogo conciliador, SANTOS alerta que o processo de aplicação da hermenêutica diatópica não pode ser realizado de forma unilateral e unidimensional, mas sim a partir de uma perspectiva cultural múltipla, não apenas como processo endógeno, senão também como processo exógeno⁴⁹³.

De toda forma, a operacionalização da hermenêutica diatópica encontra seus limites em dois pressupostos indispensáveis a que SANTOS denomina por “imperativos interculturais”⁴⁹⁴, cuja função é viabilizar o diálogo intentado e impedir que a tentativa de compreensão intercultural seja transformada em assimilação cultural unilateral. Primeiro, uma vez considerada as variadas versões de uma mesma cultura, impende-se a adoção daquele espectro cultural que for mais amplo quanto ao reconhecimento “do outro” (a incompletude e diferença alheia), e segundo, a cada indivíduo deve ser reconhecido um processo de equalização prática e tópica direcionado à efetivação da igualdade nas circunstâncias em que a diferença

poderão ser uma política simultaneamente cultural e global?”. Nesse mister, e como forma de equilibrar as referidas forças contrárias, assume o multiculturalismo como pressuposto e o “diálogo intercultural” como instrumento (pp. 15-18).

⁴⁹¹ Quanto às premissas, SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Concepção Multicultural..., op. cit. pp. 18-20, aponta a necessidade de superação da dialética “universalismo x relativismo cultural”; a compreensão quanto à existência de distintas concepções acerca da dignidade humana; a assunção liminar da incompletude e da problemática que configuram as diversas concepções de dignidade humana; e a comum distribuição cultural em uma distinção hierárquica de pessoas e grupos sociais conforme os princípios da igualdade e da diferença. Assinalando o *leit motiv* dos choques interculturais, SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Concepção Multicultural..., op. cit. p. 20, salienta: “Topoi fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando ‘usados’ em uma cultura diferente”.

⁴⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Concepção Multicultural..., op. cit. p. 24.

⁴⁹³ *Ibidem*. p. 26. Neste sentido, Santos (p. 23) assevera: “O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* para um diálogo intercultural”. (itálico no original).

⁴⁹⁴ *Ibidem*. p. 28.

provoca inferiorização e à efetivação da diferença quando a igualdade gera descaracterização⁴⁹⁵.

De forma complementar, dois *topoi* operam a inserção jurídico-constitucional da hermenêutica diatópica: a interculturalidade constitucional e a intersemioticidade. Ao conceito de interculturalidade constitucional subjaz o reconhecimento da abertura estrutural e material dos textos constitucionais aos influxos e reflexos culturais mais diversificados, intentando-se a configuração de uma legitimação jurídico-constitucional do pluralismo⁴⁹⁶. No âmbito operacional da interculturalidade constitucional, CANOTILHO ressalta como ação essencial o intercâmbio material realizado ao nível interconstitucional, como processo de recepção e propagação de valores, experiências, ideias e ações de pessoas e grupos em forma de aprendizado recíproco⁴⁹⁷. No que tange à intersemioticidade, trata-se de processo de influência recíproca que se dá pelo reconhecimento de um fluido conjunto semiótico da linguagem e discurso jurídico-constitucionais que torna possível a comunicação intersubjetiva e material no contexto de uma comunidade constitucional democrática e pluralista⁴⁹⁸.

Ambos os *topoi* estão vinculados às três formas de integração operadas pela via constitucional já referenciadas. A ideia de interculturalidade constitucional pressupõe, como informa CANOTILHO, um substrato cultural inserido no âmbito jurídico-constitucional, qual seja, uma concepção de “constituição da cultura”, aqui referenciada (cfr. tópico 4.1.3.) pelos pressupostos culturais abertos na esteira de HÄBERLE⁴⁹⁹. Também, a ideia de intersemioticidade se conecta a elemento teórico aqui já assentado, qual seja, o da abertura semântica da Constituição (cfr. tópico 4.1.2.), pois é pela fluidez axiológica por seu intermédio possibilitada que tal processo comunicativo (de material semiótico e semântico) é operacionalizado. Por último, à sua consideração conjunta (interculturalidade constitucional e intersemioticidade) subjaz o elemento integrador da abertura interpretativo-procedimental (cfr. tópico 4.1.2.), já que apenas ao ser tomada a Constituição como “processo público”, torna-se viável alcançar o balanço necessário entre a normatividade constitucional e a adequada plasticidade de

⁴⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Concepção Multicultural..., op. cit. p. 28.

⁴⁹⁶ Desta feita, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 271, assinala a função integradora das Constituições ao asseverar que: “(...) o papel *integrador* dos textos constitucionais implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas”. (itálico no original). Cfr., também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 1427 e 1428.

⁴⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Brançosos” e interconstitucionalidade..., op. cit. p. 274.

⁴⁹⁸ Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Brançosos” e interconstitucionalidade..., op. cit. p. 277, a intersemioticidade implica a “descoberta de um conjunto de regras respeitantes à produção e interpretação dos textos constitucionais e dos respectivos discursos e práticas sociais com elas relacionados”. Cfr., também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional...*, op. cit. pp. 1429 e 1430.

⁴⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Brançosos” e interconstitucionalidade..., op. cit. p. 273.

enquadramento pluralista e inclusivo⁵⁰⁰. Isto posto, questiona-se: como se dá a inserção jurídico-constitucional da hermenêutica diatópica como metódica de integração?

Os *topoi* da interculturalidade constitucional e da intersemiotividade operam a inserção jurídico-constitucional da hermenêutica diatópica ao propiciarem os elementos materiais e formais para a realização de tal método de trabalho. Os processos de intercâmbio conjuntos em termos de material cultural e de linguagem jurídico-constitucional provocam o atingimento da recíproca compreensão entre esferas culturais distintas acerca de suas diferenças e incompletudes, numa forma que, não visando a complementação “do outro”, procura antes estabelecer o diálogo e a comunicação de equilíbrio⁵⁰¹. Por via de consequência, o processo de integração é operado através da rejeição apriorística de atitudes de negação e de não recepção de esferas culturais. Pois, reconhecendo-se *ab initio* a incompletude “do outro” e as diferenças com que cada âmbito de cultura se predica, transmuda-se a não aceitação cultural e a consequente exclusão sócio-política em integração pelo processo empático da recepção compreensiva e baseada no diálogo⁵⁰².

4.2.2. Proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa e integração (fator metódico e fator-limite)

De início, suscitamos alguns questionamentos relevantes: exerce o instituto (e garantia) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais alguma função nesse processo de integração? Em caso positivo, em que nível de relevância opera o instituto para o atingimento da integração? Em especial, como atua o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa na tarefa de integração?

Em resposta positiva aos dois primeiros questionamentos, a garantia do conteúdo essencial contribui de forma ativa para o processo de integração em direta conexão com a metódica da hermenêutica diatópica. A referida garantia pode ser compreendida, no âmbito da integração, de três formas complementares: primeira, como metódica (autônoma) de integração; segunda, como plexo de convergência de todos os elementos jurídico-

⁵⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*..., op. cit. p. 279.

⁵⁰¹ Neste ponto, SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Concepção Multicultural..., op. cit. p. 21, atenta para a seguinte questão: “O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – e sim ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra”.

⁵⁰² Trata-se, em essência, do estabelecimento de uma integração “no jogo (livre) das diferenças” a que se refere FRANKENBERG, Günther – *A gramática da Constituição*..., op. cit. p. 157.

constitucionais de integração; e terceira, como pressuposto e limite indispensável à operacionalização da hermenêutica diatópica. Portanto, vejamos.

Como metódica (autônoma) de integração, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais opera como elemento de caráter institucional voltado à vedação de um processo de aniquilação ou alijamento geral dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Configura, assim, o *locus* constitucional de legitimidade à atuação e manifestação social, política, cultural e teológica de todos os indivíduos e grupos⁵⁰³. Configurando-se também como o plexo de convergência de todos os elementos jurídico-constitucionais de integração já referidos (integração pelos direitos fundamentais; integração pela abertura estrutural, semântica e interpretativo-procedimental; e integração pelo reflexo jurídico-constitucional da Cultura), a garantia do conteúdo essencial opera para a integração sócio-política ao evitar que os direitos fundamentais sejam esvaídos em sua normatividade jurídica em meio a tal plasticidade formal e material da Constituição como “processo público”⁵⁰⁴.

Inobstante a relevância das duas formas e significados da relação estabelecida com o processo de integração, assume o conteúdo essencial dos direitos fundamentais uma função especial quando adotado como pressuposto e limite à hermenêutica diatópica. Como salientado por SANTOS, a operacionalização da hermenêutica diatópica exige o respeito àquilo que denominou “imperativos interculturais”⁵⁰⁵. Esses pressupostos, por sua vez, atuam como limites à realização adequada do “diálogo intercultural” a que SANTOS se refere, pois equilibram o processo hermenêutico e evitam o embate entre culturas. Nesse contexto de limitação, opera a garantia do conteúdo essencial a concretização do processo de integração intentado. Vejamos a questão sob o caso específico do direito fundamental à liberdade religiosa.

Para a análise, tomemos em consideração os elementos integrantes do respectivo conteúdo essencial (tópico 2.3.2.). Tendo em vista os pressupostos oferecidos por SANTOS sob

⁵⁰³ Decerto que releva na hipótese a concepção institucional do conteúdo essencial dos direitos fundamentais aduzida por HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial...*, op. cit. p. 222, onde exerce a função de proteção do próprio conteúdo e significado institucional dos direitos fundamentais.

⁵⁰⁴ Aqui, opera como plexo de convergência pelo fato de que todos os elementos referidos encontram na garantia do conteúdo essencial o seu reduto último de produção de efeitos. Pois, para os direitos fundamentais, o respeito e a proteção ao respectivo conteúdo essencial importa na garantia de sua própria existência; para as categorias da abertura estrutural, semântica e interpretativo-procedimental, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais impede que sua operacionalização importe em esvaziamento de conteúdo; e para o elemento do reflexo jurídico-constitucional da Cultura, proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais significa possibilitar o próprio exercício das atuações e manifestações culturais mais diversas. Sem direitos fundamentais, alíás, sem o seu significado útil pela via do conteúdo essencial, nenhuma ação, ato ou comportamento cultural reconduzido a exercício de direito fundamental pode ser viabilizado. Neste sentido, além do significado institucional veiculado por Häberle, importa a garantia do conteúdo essencial também em seu significado material extraído da vinculação e recondução ao valor da dignidade humana (cfr. DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. pp. 244 e ss.).

⁵⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Para uma Concepção Multicultural...*, op. cit. p. 28.

a categoria de “imperativos interculturais”, os elementos do conteúdo essencial da liberdade religiosa realizam um labor de concretização no mister. Assumido o espectro de faculdades de autodeterminação da liberdade individual (*forum internum*) como grandeza dotada de proteção absoluta, impede que, no contexto de operacionalização da hermenêutica diatópica, seja o reconhecimento da incompletude “do outro” um canal para a perpetração de coação e violência⁵⁰⁶.

Quanto à autodeterminação doutrinária como elemento do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, a sua proteção se erige como ponte de comunicação entre os “imperativos interculturais” aferidos por SANTOS. A necessidade de um amplo reconhecimento “do outro” e o respeito às pretensões de igualdade e de diferenciação no âmbito intercomunicacional das mais variadas esferas culturais exige, ao mesmo tempo, a acomodação de inúmeros grupos religiosos (Igrejas, confissões e comunidades religiosas) no seio de uma comunidade inclusiva, independente do material doutrinário a que estejam vinculados e sob o qual justificam as suas ações, e o reconhecimento de um dever de tolerância para com a diferenciações subjacentes a cada doutrina religiosa⁵⁰⁷.

No que tange ao último elemento integrante do conteúdo essencial (dever de neutralidade estatal), vejamos como ocorre sua imbricação com a hermenêutica diatópica. Um dos principais problemas subjacentes a essa interconexão está na possibilidade de que, ao se realizar a hermenêutica diatópica como metódica de integração, a compreensão sobre a incompletude “do outro” leve ao reconhecimento de elementos de manifestação religiosa que possam gerar choques com pressupostos básicos e irrenunciáveis do Estado Constitucional⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Por exemplo, este elemento integrante do conteúdo essencial da liberdade religiosa impediria que, no processo de integração intentado pela hermenêutica diatópica, determinada “incompletude” do fundamentalismo islâmico, tal qual a suposta obrigação corânica quanto ao velamento completo do corpo feminino em determinados segmentos religiosos dos islamismo, fosse conciliada com os valores constitucionais e democráticos, tal qual a igualdade entre homens e mulheres, a igual dignidade de todos e a imperiosidade de se resguardar a segurança e soberania nacionais. Nesse sentido, ter-se-ia também por inconciliável a segregação feminina assumida pela *Sharia* em termos por decerto religiosos (cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Conceção Multicultural..., op. cit. p. 24.).

⁵⁰⁷ A princípio, por exemplo, da proteção deste elemento do conteúdo essencial extrair-se-ia um suposto dever de respeito para com segregações de gênero baseadas em doutrina religiosa propalada pelo Islã. Entretanto, da mesma forma que tal elemento se configura como pressuposto à realização da hermenêutica diatópica na questão, constitui limite e elemento de equilíbrio entre os referidos “imperativos interculturais”. Pois, no que tange à problemática da segregação de gênero, em especial a evidente diferenciação entre homens e mulheres no âmbito do islamismo, o segundo “imperativo intercultural” – realização da igualdade quando a diferença inferioriza e da diferença quando a igualdade descaracteriza – amolda a proteção da autodeterminação doutrinária de forma a que não se permita o seu esvaziamento ou a sua redução material a aspectos que violem valores incondicionais em uma democracia pluralista, donde bloquear-se-ia a segregação feminina sob a imperiosa necessidade de se reconhecer e realizar o valor da igualdade quando a diferenciação intentada gera uma evidente inferiorização.

⁵⁰⁸ No Irão, por exemplo, a prática do velamento feminino não entra em desacordo com a *praxis* estatal, já que o próprio Estado é confessional. Entretanto, a transposição desta prática para o contexto de outros Estados, em especial os seculares (maior parte das democracias ocidentais), decerto provocaria dissensões sob o pálio do dever

Portanto, o dever de neutralidade estatal surge, *in casu*, como limite jurídico-dogmático, por exemplo, à recepção de símbolos religiosos estáticos e dinâmicos cuja instalação ou utilização sejam de direta ou indireta responsabilidade do Estado, o que justificaria a vedação de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas e a utilização de objetos e indumentária religiosa por representantes ou indivíduos que atuem em nome ou em função do Estado – problemática esta a que voltaremos a seguir.

Destarte, considerada essa complexa interconexão entre conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa e a hermenêutica diatópica como elementos de metódica jurídico-constitucional de integração, asseveramos que a proteção do conteúdo essencial constitui de fato o pressuposto indispensável e limite inultrapassável à efetivação de um processo de integração sócio-política no contexto de uma sociedade democrática e pluralista.

4.3. Integração e hermenêutica diatópica à luz da problemática da simbologia religiosa nas escolas públicas, universidades públicas e no espaço público não-estatal

Assentados os elementos e pressupostos jurídico-constitucionais de integração, em especial a indispensabilidade quanto à proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, passemos a uma análise operacional à luz da problemática da simbologia religiosa nas escolas e universidades públicas, e no espaço público não-estatal (cfr. tópico 3.2.).

No âmbito das escolas e universidades públicas, a temática da simbologia religiosa suscitou a apreciação de questões relativas à exposição de crucifixos em salas de aula (Alemanha e Itália) e a utilização de indumentária religiosa (tomado o *hijab* como maior expressão), tanto por alunos como por professores no ambiente escolar (Alemanha, França e Turquia). A proteção do conteúdo essencial como metódica de integração atua no mister a partir de três perspectivas subjetivas, quais sejam, a dos alunos, a dos professores (e outros funcionários do ambiente escolar) e a do Estado, relevando, em todos os aspectos, o elemento da neutralidade estatal como elemento do conteúdo essencial capaz de proporcionar a devida e adequada integração, senão vejamos.

Da perspectiva dos alunos de escolas e universidades públicas, a utilização de simbologia religiosa não suscita qualquer problemática do ponto de vista do cumprimento do

de neutralidade estatal fundado ao nível constitucional, seja de forma implícita ou expressa. Em dadas circunstâncias, especificamente no âmbito de espaço público estatal – órgãos públicos em geral, escolas públicas e universidades públicas –, a sua utilização pode suscitar o entrelaçamento entre Estado e religião, com problemáticas consequências para a efetiva proteção da liberdade religiosa.

dever de neutralidade estatal, uma vez que tal prática não implica em posicionamento estatal de entrelaçamento, promoção ou apoio a alguma religião ou a Igrejas, confissões ou comunidades religiosas⁵⁰⁹. Pelo contrário, e em termos de integração, uma vez não havendo nesse elemento do conteúdo essencial (neutralidade estatal) qualquer barreira, atua a hermenêutica diatópica de forma plena. Assumindo-se a incompletude e a diferença das inúmeras esferas culturais, cujas manifestações se pretendem espriar no ambiente escolar, constitui este o *locus* propício para a integração sócio-política, onde, no contexto das comunicações intersubjetivas, a tolerância e o respeito pelo outro são assumidos como vetores imprescindíveis⁵¹⁰.

Partindo-se da perspectiva dos professores de escolas e universidades públicas, o dever de neutralidade estatal atua como pressuposto e limite à operacionalização da hermenêutica diatópica. Na intenção de acomodar e recepcionar as incompletudes e diferenças das mais variadas esferas culturais – especialmente as tradições religiosas –, impede que o direito fundamental à liberdade religiosa seja submetido a um processo de niilificação pela via de um potencial de entrelaçamento entre Estado e religião. Essencial nessa problemática é a percepção do significado funcional-institucional que os professores e demais funcionários das escolas e

⁵⁰⁹ Poder-se-ia aqui suscitar um suposto problema de confrontação para com a ideia de secularismo, através da qual argumenta-se a necessidade de se alijar por completo as manifestações religiosas do ambiente escolar público. Tal é a razão subjacente à questão da proibição de símbolos ostensivos no ambiente escolar público francês que IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning of the ‘hijab’ in France..., op. cit. p. 277, assinala ter a Comissão *Stasi* levado em consideração antes da aprovação da Lei nº. 228/2004. Entretanto, a hermenêutica diatópica indica justamente o caminho contrário ao da decisão legislativa: a da não proibição da utilização de simbologia religiosa por parte de alunos. Além de não ser razoável exigir que os mesmos cumpram com um suposto valor secular, já que a sua manifestação religiosa não implica em entrelaçamento, apoio ou promoção estatal de alguma religião (respeita, portanto, o dever de neutralidade), o reconhecimento da incompletude e das diferenças “do outro” – no caso francês, da cultura religiosa islâmica – viabiliza um diálogo intercultural capaz de efetivar um processo de integração. Ainda, há o argumento de que, por razões de segurança, a utilização de simbologia religiosa nas escolas públicas deveria ser proibida. Assim, também sob a experiência francesa, DANCHIN, Peter G. – Suspect Symbols..., op. cit. p. 6, assevera que um hipotético risco de fundamentalismo religioso decorrente do uso do *foulard* (*hijab* e outros) justificaria a sua proibição nas escolas públicas. Conquanto, consideramos que tal compreensão constitui uma distorção decorrente da intolerância para com a cultura religiosa islâmica. Pois, tomado o ideal secularista francês como grandeza inultrapassável, a recepção e acomodação integrativa de outras esferas culturais se torna desde o princípio impossibilitada. Acaso questões de segurança fossem de fato suscitadas, tal deveria ser avaliado *in concreto*, e não ser resolvido mediante a adoção de uma proibição legislativa geral e abstrata, motivo pelo qual consideramos que a lei de proibição quanto ao uso de “símbolos ostensivos” nas escolas públicas francesas não passaria pelo crivo do princípio da vedação de excesso, em especial sob a análise do sub-elemento da necessidade/exigibilidade.

⁵¹⁰ Neste sentido, tendo em vista a experiência francesa na matéria, IDRIS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning of the ‘hijab’ in France..., op. cit. p. 285, assevera que o sistema educacional deveria ser reformulado a fim de que se quedasse aberto ao diversificado influxo cultural no ambiente escolar. Na mesma senda, WING, Adrien Katherine; SMITH, Monica Nigh – Critical Race Feminism Lifts the Veil..., op. cit. pp. 786 e 787, alertam para o fato de que a proibição da utilização do véu islâmico nas escolas públicas, ao contrário do que é argumentado pelas autoridades francesas, não constitui medida voltada à integração social, mas antes à exclusão, pois acaba por remeter uma mensagem às mulheres muçulmanas em geral de que são *outsiders* da comunidade francesa. Ressalta-se, portanto, a importância do ambiente escolar como ambiente propício à integração social, sendo indispensável nesse mister a não rejeição de práticas e manifestações religiosas por parte dos estudantes. Desta feita, a fim de que se possa viabilizar o indigitado diálogo intercultural, DULCE, María José Fariñas – *Democracia y Pluralismo...*, op.cit. pp. 78 e 79, salienta a necessidade de “educar para o diálogo”.

universidades públicas possuem em sua relação com o Estado. Como já referido *supra*, trata-se aqui de uma relação especial (de sujeição) que deve operar como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, já que atuam como representantes do Estado ao exercerem suas respectivas funções⁵¹¹. Assim, permitir que os mesmos utilizem simbologia religiosa durante o período funcional (e no ambiente escolar) importa em uma mensagem de apoio e/ou de posicionamento teológico por parte do Estado, o que se queda em clara oposição ao dever de neutralidade que lhe é exigido⁵¹².

De uma terceira perspectiva, a do Estado, releva a proteção de dois elementos do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa: o *forum internum* e o dever de neutralidade. Quanto ao dever de neutralidade estatal, os argumentos aduzidos acima são igualmente válidos. Seja pela permissão da utilização de simbologia religiosa por parte de professores e funcionários das escolas e universidades públicas ou pela instalação de crucifixos nas salas de aula dos referidos ambientes educacionais, estará o Estado adentrando em potencial de apoio, promoção e/ou entrelaçamento para com a religião⁵¹³. Entretanto, opera aqui o *forum internum* uma proteção específica. Para além do dever de neutralidade que resta violado naquelas circunstâncias, engendra-se um risco de imposição/coação direta ou indireta frente aos alunos e estudantes expostos aos símbolos no ambiente educacional público, contra o qual a proteção de tal elemento do conteúdo essencial deve se opor⁵¹⁴.

⁵¹¹ É com base neste argumento que CAMPENHAUSEN, Axel Frhr. Von – The German Headscarf Debate..., op. cit. pp. 690 e 691, considera acertado o posicionamento tomado pela divergência no caso *Kopftuch-Urteil* julgado pelo *Bundesverfassungsgericht*, asseverando que a maioria do Tribunal, ao proferir a decisão, não avaliou essa relação especial existente entre os professores de escolas públicas e o Estado.

⁵¹² Em sentido contrário ao arrazoado, DANCHIN, Peter G. – Suspect Symbols..., op. cit. p. 30, salienta que, no caso *Kopftuch-Urteil*, o *Bundesverfassungsgericht* não considerou que o dever de neutralidade implicasse em uma estrita separação entre Estado e religião que impedisse a utilização do *hijab* na hipótese. Essa é a razão pela qual entendemos que o Tribunal não procedeu à proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa ao permitir a violação do dever de neutralidade. Poder-se-ia argumentar que a proibição da utilização de símbolos religiosos por parte de professores e demais funcionários das escolas e universidades públicas, e assim procedendo à proteção do conteúdo essencial do direito na hipótese, não promoveria um processo integrativo. Entretanto, não se pode olvidar que, a fim de que a hermêutica diatópica seja operacionalizada com vistas à integração, deve-se rejeitar atos e comportamentos que impeçam o estabelecimento do “diálogo intercultural”, tal qual a assunção ou posicionamento estatal em termos de religião ao permitir a utilização de símbolos religiosos por parte de seus representantes.

⁵¹³ Em contexto similar, sobre a instalação de crucifixos nas salas de tribunais, SARMENTO, Daniel – O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In Valerio de Oliveira Mazzoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231, assevera haver, em tais circunstâncias, considerável perda de legitimidade por parte do Estado ao se demonstrar por óbvio associado a uma dada religião.

⁵¹⁴ Não nos referimos apenas à questão da potencial intimidação a que ficam expostos os alunos aquando da presença de símbolos religiosos nas escolas e nas universidades, tais como os crucifixos nas salas de aula e o véu islâmico utilizado por professoras, suscitado por MAHLMANN, Matthias – Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State..., op. cit. p. 1110. Antes, nos referimos a uma possibilidade de coação ativa e de imposição institucional quanto ao uso de determinada simbologia ou quanto à aceitação coativa de determinada doutrina teológica provocada pela compressiva presença de objetos religiosos instalados ou colocados em ambientes educacionais por iniciativa do próprio Estado. Apesar de a questão da proteção do *forum internum* como

Considerada a problemática da simbologia religiosa no âmbito do espaço público não-estatal (ruas, praças, avenidas, etc.), o dever de neutralidade religiosa atua a partir de uma dimensão distinta. Ao invés de atuar de forma a impedir que o Estado assumira um posicionamento teológico ao promover, apoiar e/ou se entrelaçar com alguma religião, o elemento do conteúdo essencial opera como instrumento direcionado a evitar que o Estado adote uma política de secularismo ativo e repressivo, alijando o fenômeno religioso do espaço público⁵¹⁵. Neste sentido, proteger o conteúdo essencial da liberdade religiosa significa permitir a sua existência institucional e propiciar a integração pela operacionalização da hermenêutica diatópica⁵¹⁶.

De todo o exposto, a proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa em seus três elementos, notadamente no elemento do dever de neutralidade estatal no que concerne à problemática da simbologia religiosa nas escolas públicas, universidades públicas e espaço público não-estatal, torna possível a operacionalização da hermenêutica diatópica como metódica jurídico-constitucional de integração sócio-política. Ademais, viabiliza a acomodação e recepção “do outro” através de uma compreensão empática, mas que procura obedecer aos pressupostos (e limites) de tal diálogo. Por fim, como metódica adequada,

elemento integrante do conteúdo essencial ser de grande relevância, consideramos que, em situações nas quais a responsabilidade sobre a exposição do símbolo (ou da realização de um ato) seja direta ou indiretamente do Estado, tal garantia queda-se vinculada ao dever de neutralidade, já que decerto constituirá *topos* seguro para uma adequada resolução da problemática. Tratar a questão apenas do ponto de vista da proteção do *forum internum* poderá trazer, em algumas situações, certa instabilidade. Por exemplo, enquanto no caso das orações nas escolas públicas (*Schulgebet – BVerfGE 52, 223*) o *Bundesverfassungsgericht* assegurou o direito de uma maioria religiosa (católica) do Estado de Hesse, asseverando que a mera realização de orações ao começo das aulas não significava ou impunha qualquer pressão sobre os alunos não-crentes ou de outra religião, decidiu o Tribunal, na *Kopftuch-Urteil*, que a exposição dos alunos aos crucifixos em salas de aula constituía violação da dimensão negativa da liberdade religiosa, aferindo o símbolo com claro “conteúdo missionário” (cfr. MÜHLBERG, Tobias – *Der Vorrang negativer Religionsfreiheit...*, op. cit. pp. 13-20). Por outro lado, acaso ambas questões fossem tratadas sob o ponto de vista do cumprimento do dever de neutralidade, assentar-se-ia *ad principium*, que não cabe ao Estado decidir, em maior ou menor grau, sobre a instalação de símbolos ou a promoção de atos ou comportamentos de cunho religioso. Ainda que mínima a sua participação, basta um mero potencial de entrelaçamento para que haja a possibilidade de confusão entre os discursos estatal (jurídico-constitucional) e teológico. Portanto, uma vez considerada a violação do dever de neutralidade, a questão da violação da liberdade religiosa em sua dimensão positiva ou negativa constituiria um adendo de justificação material que atualizaria o direito em seu sentido objetivo, mas que, ao fim e ao cabo, não permitiria que houvesse uma intromissão estatal em matéria de religião.

⁵¹⁵ Assim, DANCHIN, Peter G. – *Suspect Symbols...*, op. cit. p. 22, assevera que a problemática da simbologia religiosa no espaço público em França tem sido abordada com base no pressuposto do ideal de conformação para com uma suposta “identidade nacional secular republicana”, em cujo bojo assume-se a tarefa de profissão de um “nacionalismo-integracionista”, decerto violador do dever de neutralidade e, portanto, do próprio conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa.

⁵¹⁶ Neste ponto, há apenas uma hipótese a ser ressaltada quando da operacionalização da hermenêutica diatópica: o uso da *burka* no espaço público estatal e não estatal. Tendo em vista os pressupostos para a sua realização (os “imperativos interculturais” referenciados por SANTOS, Boaventura de Sousa – *Para uma Concepção Multicultural...*, op. cit. p. 28.), em especial no que tange ao elemento da pretensão de igualdade como resposta à diferença inferiorizante, o uso da *burka*, para além de questões de ordem securitária, implica em clara diferenciação cultural que provoca a estigmatização e a inferiorização das mulheres, ponto este que não pode ser levado em consideração como *topos* de diálogo intercultural e de integração sócio-política.

a promoção da integração pelo respeito e pela proteção do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa impede que o processo de integração seja convolado em processo de assimilação, reduzindo “o outro” a um mero reflexo de valores próprios e de *topoi* considerados ontologicamente universais e universalizáveis⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Nessa toada, SAVAGE, Timothy M. – Europe and Islam: Crescent Waxing, Cultures Clashing. The *Washington Quarterly*. Oxfordshire: Taylor & Francis. ISSN 0163-660X. Vol. 27, nº. 3 (2004), p. 31, ressalta que o movimento de oposição ao processo de assimilação dos muçulmanos à cultura europeia tem constituído um dos principais fatores de complicação à realização da integração e acomodação da cultura islâmica. Daí, constata-se, no contexto francês, que a preocupação com a questão da simbologia religiosa não diz respeito a uma necessidade de integração social, mas sim de assimilação coativa e excludente.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, delineamos os contornos teórico-dogmáticos da liberdade religiosa como direito fundamental de evidente relevância e densidade no Estado Constitucional democrático de direito. Uma vez assumidos os valores inerentes aos constitucionalismo democrático, liberal, pluralista e inclusivo, sob o cimeiro axioma da dignidade da pessoa humana, procuramos descrever os pontos e elementos sob os quais aquele direito fundamental se ergue, tais como a amplitude do respectivo suporte fático e do seu âmbito de proteção, a assunção da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, a “reserva geral imanente de ponderação” e a garantia do conteúdo essencial. Em termos de operacionalização protetiva, identificamos os reflexos do princípio da vedação do excesso (proporcionalidade) como forma de controle das restrições opostas ao direito fundamental à liberdade religiosa, bem como buscamos compreender o significado e identificar os elementos integrantes do seu conteúdo essencial. Tais são os elementos estruturais da liberdade religiosa numa sociedade democrática e pluralista, exigências incondicionais de um arquétipo jurídico-constitucional liberal.

Em geral, o exercício de culto e outras práticas religiosas, tais como o proselitismo religioso, a simbologia e indumentária religiosa e a configuração do fundamentalismo religioso, costumam ser compreendidas como causas de desintegração e desagregação sócio-política, como causa de conflitos e fraturas sociais que engendram divisionismo, segregação e entrincheiramento social. Entretanto, buscamos compreender que, ao contrário, o pleno e efetivo exercício da liberdade religiosa, resguardados os seus respectivos elementos de proporção e integridade, é capaz de provocar o movimento oposto, qual seja, a integração sócio-política. Para tanto, foi no instituto e na garantia de proteção ao conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa que encontramos o canal e a chave indispensáveis a tal objetivo.

Sob o exemplo de situações que consideramos – e que de fato o são – objeto de dissensões no âmbito da simbologia (e indumentária) religiosa, procuramos demonstrar que apesar da regulação externa sobre as respectivas manifestações religiosas (as restrições), torna-se indispensável a proteção dos elementos do conteúdo essencial como forma de viabilização de integração sócio-política, impedindo o divisionismo e a segregação social. Como elementos jurídico-constitucionais de integração, os direitos fundamentais – e a própria liberdade religiosa –, a abertura estrutural, semântica e interpretativo-procedimental da Constituição, e o reflexo jurídico-constitucional da Cultura, o processo de integração sócio-política é possibilitado a

partir mesmo da própria Constituição, onde a hermenêutica diatópica e a proteção do conteúdo essencial surgem como elementos metódicos de operacionalização. No que tange ao conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa em seus três elementos (*forum internum*, autodeterminação doutrinária dos coletivos religiosos e dever de neutralidade estatal), logramos demonstrar que a sua imbricação no processo de integração surge como a chave que torna capaz não apenas a própria funcionalização do processo, como também se coloca como limite, impedindo que a integração se transmude em assimilação, gerando perda de identidade para pessoas e grupos.

De todo o exposto, configura-se a liberdade religiosa como um dos principais elementos jurídico-constitucionais e indispensável à integração sócio-política no contexto do Estado Constitucional de uma sociedade democrática e pluralista. Regular o exercício da liberdade religiosa através de uma legítima e adequada esquemática de restrições torna possível a sua harmonização para com toda a pletera de direitos, bens, valores e interesses constitucionais albergados. Mas, proteger seu conteúdo essencial não só impede a sua niilificação como permite o movimento de integração sócio-política. Divisionismo, segregação e entrincheiramento sócio-cultural e sócio-político pela via de tradições religiosas (em tese) em choque, só se tornam possibilitadas dada a falta de compreensão sobre a relevância de um conteúdo essencial a ser protegido e resguardado. Ao fim e ao cabo, é a proteção de tal conteúdo essencial que equilibra as exigências de um secularismo no espaço público e das pretensões de potenciais confessionalidades do espaço privado, surgindo como o amálgama que impede a compreensão da liberdade religiosa como simples quimera.

BIBLIOGRAFIA

- ABDELAAL, Mohamed – Extreme Secularism vs. Religious Radicalism: The Case of the French Burkini. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Washington: International Law Students Association. ISSN 1082-944X. Vol. 23, n.º 3 (2017), pp. 443-468.
- ADRAGÃO, Paulo Pulido – *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1767-2
- AGOSTINHO, Santo – *Diálogo sobre a Felicidade*. Tradução do original *De Beata Vita*, de Mário A. Santiago de Carvalho. Lisboa: Edições 70, 2007. ISBN 978-972-44-1384-6.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa. Vol. II: a construção dogmática*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2971-9
- ALEXANDRINO, José Melo – *Direitos fundamentais*. 2ª. ed. rev. e atual. Cascais: Principia, 2011. ISBN 978-989-7160-32-5
- ALEXY, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução do original em alemão *Theorie der Grundrechte*, de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed., 4ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 85-392-0073-2
- ALSTYNE, William Van – A Graphic Review on the Free Speech Clause. *California Law Review*. Berkeley: UC Berkeley School of Law. ISSN 0088-1221. Vol. 70 (1982), pp. 107-150.
- ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *Libertad Religiosa y Espacios Públicos: Laicidad, pluralismo, símbolos*. Pamplona: Civitas, 2010. ISBN 978-84-470-3453-6
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4669-3
- ANTONI, Michael – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Handkommentar*. Dieter Hömig; Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.). 11ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2016. ISBN 978-3-8487-1441-4
- ARLETTAZ, Fernando – *Religión, esfera pública, mundo privado: la libertad religiosa y la neutralidad del Estado em las sociedades secularizadas*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2015. ISBN 978-84-16272-18-1
- BAKIRCIOGLU, Onder – Freedom of Expression and Hate Speech. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Tulsa: The University of Tulsa College of Law. ISSN 1073-192X. Vol 16, n.º 1 (2008), pp. 1-49.
- BARRETO, Irineu Cabral – *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. 5ª. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6193-1

- BARROSO, Luís Roberto – *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22804-7
- BASTOS, Celso Ribeiro – *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 85-392-0230-1
- BLACKMAN, Josh – This Lemon comes as a Lemon: The Lemon test and the pursuit of a statute’s secular purpose. *Civil Rights Law Journal*. Virginia: George Mason University School of Law. ISSN 1049-4766. Vol. 20, nº. 3 (2010), pp. 351-415.
- BODENSTEINER, Ivan E.; GEISINGER, Alex – An Expressive Jurisprudence of the Establishment Clause. *Penn State Law Review*. Pennsylvania: Penn State Law. ISSN 1545-7877. Vol. 112, nº. 1 (2007), pp. 77-136.
- BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. ISBN 85-392-0320-0
- BOROWSKI, Martin – *Grundrechte als Prinzipien*. 3ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018. ISBN 978-3-8487-4902-7
- BOZZA, Fábio da Silva – *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015. ISBN 978-858-49-3057-9
- BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues – *Liberdade de expressão e honra das figuras públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1854-1
- CAETANO, Marcello – *Manual de ciência política e direito constitucional*. 1º. v.: *Introdução, estudo descritivo de algumas experiências constitucionais estrangeiras, teoria geral do Estado*. 6ª. ed., rev. e ampl. 4ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-0517-1
- CAMPENHAUSEN, Axel Frhr. Von – The German Headscarf Debate. *Brigham Young University Law Review*. Utah: J. Reuben Clark Law School. ISSN 0360-151X. Vol. 2004, nº. 2 (2004), pp. 665-700.
- CANARIS, Claus-Wilhelm – *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução do original em alemão *Grundrechte und Privatrecht*, de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-1982-6
- CANAS, Vitalino José Ferreira Prova – *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016. 1.441 f. Tese de Doutoramento em Direito.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3485-0

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a. ed., 2^a. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-2106-8
- CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda – *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CASTILLO, Antonio López – *La Libertad Religiosa en la Jurisprudencia Constitucional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. ISBN 84-8410-914-3
- CIÁURRIZ, Maria José – *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. ISBN 84-259-1173-7
- CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Tradução de José Tuffani de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003. ISBN 85-87721-38-0
- CRORIE, Benedita Mac – *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5230-4
- DANCHIN, Peter G. – Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law. *Harvard International Law Journal*. Cambridge: Harvard Law School. ISSN 0017-8063. Vol. 49, n.º. 2 (2008), pp. 249-321.
- DANCHIN, Peter G. – Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law. *The Yale Journal of International Law*. New Haven: Yale Law School. ISSN 0889-7743. Vol. 33, n.º. 1 (2008), pp. 1-61.
- DAVIS, Derek H. – The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief. *Brigham Young University Law Review*. Utah: J. Reuben Clark Law School. ISSN 0360-151X. Vol. 2002, n.º. 2 (2002), pp. 217-236.
- DIGESER, Elizabeth DePalma – *The making of a Christian empire: Lactantius and Rome*. Ithaca: Cornell University Press, 2000. ISBN 978-0-8014-7787-4
- DREWS, Claudia – *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005. ISBN 3-8329-1330-0
- DULCE, María José Fariñas – *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014. ISBN 978-84-9085-056-5
- DWORKIN, Ronald – *Levando os direitos a sério*. Tradução do original em inglês *Taking Rights Seriously*, por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1513-2

- ELIADE, Mircea – *História das crenças e das ideias religiosas, volume I: da Idade da Pedra aos mistérios de Elêusis*. Tradução do original em francês *Historie des croyances et des idées religieuses – volume I*, de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. ISBN 978-85-378-0112-3
- ENGISCH, Karl – *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução do original em alemão *Einführung in das Juristische Denken*, de João Baptista Machado. 11ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-0192-8
- ESPIGA, Arturo Calvo – El ejercicio de la libertad religiosa en el derecho comparado. In Miguel Á. Asensio Sánchez; Arturo Calvo Espiga; Marina Meléndez-Valdés Navas; José A. Parody Navarro. *Derecho, consciencia y libertad religiosa: derecho y factor religioso*. 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 2015. ISBN 978-84-309-6626-4. pp. 63-94.
- FALLON, Sarah M. – Justice for All: American Muslims, Sharia Law, and Maintaining Comity with American Jurisprudence. *Boston College International and Comparative Law Review*. Newton: Boston College Law School. ISSN 0277-5778. Vol. 36, n.º 1 (2013), pp. 153-182.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – *Curso de direito constitucional*. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61703-2
- FRANKENBERG, Günther – *A gramática da Constituição e do Direito*. Tradução do original em alemão *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 85-7308-885-0
- FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo – *Verfassungsgeschichte*. 14ª. Aufl. München: C. H. Beck, 2015. ISBN 978-3-406-68178-3
- GARNETT, Richard W. – Changing Minds: Proselytism, Freedom, and the First Amendment. *University of St. Thomas Law Journal*. Minnesota: University of St. Thomas. ISSN 1065-318X. Vol. 2, n.º 2 (2005), pp. 453-474.
- GOLDBERG, Steven – Cutter and the Preferred Position on the Free Exercise Clause. *William & Marry Bill of Rights Journal*. Virginia: William & Mary Law School. ISSN 1065-8254. Vol. 14, n.º 4 (2006), pp. 1403-1419.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Manual de direito constitucional: II – direito constitucional português (parte especial), princípios, direitos fundamentais, organização económica e política, garantia e revisão da constituição*. 6ª. ed., rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-6796-4
- GUERREIRO, Sara – *As Fronteiras da Tolerância: Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2509-8

- HÄBERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução do original em alemão *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. ISBN 85-88278-55-3
- HÄBERLE, Peter – *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Tradução do original em alemão *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzvorbehalt*, de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003. ISBN 84-9772-123-3
- HÄBERLE, Peter – *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Tradução do original em alemão *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, de Emilio Mikunda. Reimp. Madrid: Tecnos, 2008. ISBN 978-84-309-3813-1
- HÄBERLE, Peter – *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. ISBN 3-428-05300-1
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James – *O Federalista*. Tradução do original em inglês *The Federalist*, de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª. ed., 2ª. tiragem. Campinas: Russell Editores, 2010. ISBN 978-85-89251-76-1
- HART, Herbert L. A. – *O conceito de Direito*. Tradução do original em inglês *The Concept of Law*, de A. Ribeiro Mendes. 6ª. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. ISBN 978-972-31-0692-3
- HESSE, Konrad – *A força normativa da Constituição*. Tradução do original em alemão *Die normative Kraft der Verfassung*, de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. ISBN 85-88278-18-9
- HESSE, Konrad – *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20ª. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1999. ISBN 3-8114-7499-5
- HILL, B. Jessie – Putting Religious Symbolism in Context: A Linguistic Critique of the Endorsement Test. *Michigan Law Review*. Michigan: University of Michigan Law School. ISSN 0026-2234. Vol. 104, nº. 3 (2005), pp. 491-545.
- HIPPEL, Eike von – *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965. ISBN 978-3-428-02592-3

- HIRSCH, Moshe – The Freedom of Proselytism Under the Fundamental Agreement and International Law. *Catholic University Law Review*. Washington: Catholic University of America. ISSN 0008-8390. Vol. 47, nº. 2 (1998), pp. 407-425.
- HOBBSAWM, Eric. J. – *A era das revoluções: 1789-1848*. Tradução do original em inglês *The Age of revolution 1789-1848*, de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 38ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. ISBN 978-85-7753-099-1
- HOFFMANN, Patrick – *Die Weltanschauungsfreiheit: Analyse eines Grundrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. ISBN 978-3-428-13610-0
- HOLMES, J. Derek; BICKERS, Bernard W. – *História da Igreja Católica*. Tradução do original em inglês *A Short History of the Catholic Church*, de Victor Silva. Lisboa: Edições 70, 2006. ISBN 972-44-1261-X.
- HUMAN RIGHTS WARCH – *World Report 2015*. Bristol: Policy Press, 2015. ISBN 978-1-4473-2548-2
- HUPSEL, Francisco – *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPODIVM, 2016. ISBN 978-85-442-0568-6
- IDRISS, Mohammad Mazher – Laïcité and the banning of the ‘hijab’ in France. *Legal Studies*. Bristol: The Society of Legal Scholars. ISSN 1748-121X. Vol. 25, nº. 2 (2006), pp. 260-295.
- KANT, Immanuel – *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de José Lamego. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. ISBN 978-972-31-1137-8
- KANT, Immanuel – *A Religião nos Limites da Simples Razão*. Tradução do original em alemão *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008. ISBN 978-972-44-1507-9
- KELSEN, Hans – *Teoria pura do direito*. Tradução do original em alemão *Reine Rechtslehre*, de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0836-5
- KIRCHHOF, Paul – El Estado de Derecho. In Jorge Alguacil González-Aurioles; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (eds.). *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*. Madrid: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-84-16212-25-5. pp. 147-156.
- KOOPMANS, Ruud – Religious Fundamentalism and Hostility against Out-groups: A Comparison of Muslims and Christians in Western Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*. Oxfordshire: Taylor and Francis. ISSN 1369-183X. Vol. 41, nº. 1 (2015), pp. 33-57.
- KRAMNICK, Isaac; MOORE, R. Laurance – *The godless constitution: the case against religious correctness*. London: W. W. Norton & Company, 2005. ISBN 978-0-393-32837-0

- KREBS, Walter – *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte: Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. ISBN 978-3-428-03451-2
- LARENZ, Karl – *Metodologia da ciência do direito*. Tradução do original em alemão *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, de José Lamego. 4ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. ISBN 972-31-0770-8
- LASSALLE, Ferdinand – *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. ISBN 978-85-375-2281-3
- LERCHE, Peter – *Übermass und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Goldbach: Keip Verlag, 1999. ISBN 3-8051-0754-4
- LINARES, Mercedes Frías – La protección de la libertad religiosa. In José María Porras Ramírez (Coord.). *Derecho de la Libertad Religiosa*. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016. ISBN 978-84-309-6925-8. pp. 157-188.
- LINAS, Christopher – Salazar v. Buono: A Blow Against the Endorsement Test’s Core Principle. *Denver University Law Review*. Colorado: Sturm College of Law. ISSN 0883-9409. Vol. 88, nº. 3 (2011), pp. 603-629.
- LOCKE, John – *Carta sobre a Tolerância*. Tradução do latim *Epistola de Tolerantia*, de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 2014. ISBN 978-972-44-1674-8.
- LOCKE, John – *Segundo Tratado do Governo: Ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. ISBN 978-972-31-1197-2
- LOVEJOY, C.D. – A Glimpse into the future: what Sahin v. Turkey mean’s to France’s ban on ostensibly religious symbols in public schools. *Wisconsin International Law Journal*. Madison: University of Wisconsin Law School. ISSN 0743-7951. Vol. 24, nº. 2 (2006), pp. 661-698.
- LUÑO, Antonio E. Pérez – *Los derechos fundamentales*. 11ª. ed. Madrid: Tecnos, 2013. ISBN 978-84-309-5807-8
- LUTERO, Martinho – *Explicação do Pai Nosso*. Tradução do original em alemão *Auslegung deutsch des Vater Unseres für die einzelnen leyen*, de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2018. ISBN 978-972-44-2015-8
- MACHADO, Jónatas – A Constituição e os movimentos religiosos minoritários. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. 72 (1996), pp. 193-271.

- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN 978-85-7348-825-8
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes – *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0729-X
- MAHLMANN, Matthias – Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court’s Decision in the Headscarf Case. *German Journal Law*. Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt. ISSN 2071-8322. Vol. 04, nº. 11 (2003), pp. 1099-1116.
- MANCINI, Susanna – The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty. *European Constitutional Law Review*. Cambridge: Cambridge University Press. ISSN 1574-0196. Vol. 6 (2010), pp. 6-27.
- MANCINI, Susanna – The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence. *Cardozo Law Review*. New York: Yeshiva University Benjamin N. Cardozo School of Law. ISSN 0270-6192. Vol. 30, nº. 6 (2009), pp. 2629-2668.
- MARET, Rebecca E. – Left Hanging: The Crucifix in the Classroom and the Continuing Need for Reform in Italy. *Boston College International and Comparative Law Review*. Newton: Boston College Law School. ISSN 0277-5778. Vol. 35, nº. 2 (2012), pp. 603-613.
- MARSHALL, William P. – The Lautsi Decision and the American Establishment Clause Experience: A Response to Professor Weiler. *Maine Law Review*. Portland: University of Maine School of Law. ISSN 0025-0651. Vol. 65, nº. 2 (2013), pp. 769-781.
- MARTINS, Maria d’Oliveira – *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3303-7
- MASSARO, Toni M. – Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma. *William & Mary Law Review*. Williamsburg: William & Mary Law School. ISSN 0043-5589. Vol. 32, nº. 2 (1991), pp. 211-265.
- MAYER, Matthias – *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. ISBN 978-3-8329-1614-5
- MELO, Verônica Vaz de – *Direitos Humanos: a proteção do direito à diversidade cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. ISBN 978-85-7700-277-1
- MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04676-4

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Curso de direito constitucional*. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15506-0
- MIRANDA, Jorge – *Curso de direito constitucional. Vol. 1: Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405123
- MIRANDA, Jorge – *Direitos fundamentais*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7217-3
- MITCHELL, Joshua – Thomas Hobbes: on Religious Liberty and Sovereignty. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. ISBN 0-8028-4853-2. pp. 123-141.
- MÜHLBERG, Tobias – *Der Vorrang negativer Religionsfreiheit oder: Freiheit als Freisein von Religion im öffentlichen Leben?* Norderstedt: GRIN Verlag, 2002. ISBN 978-3-656-17522-3
- MÜLLER, Friedrich – *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Tradução do original em alemão *Die Positivität der Grundrechte*, de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Editorial Dykinson, 2016. ISBN 978-84-9085-897-4
- MÜLLER, Friedrich – *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-504-0
- NAVAS, Marina Meléndez-Valdés – Tutela y protección de la libertad religiosa. In Miguel Á. Asensio Sánchez; Arturo Calvo Espiga; Marina Meléndez-Valdés Navas; José A. Parody Navarro. *Derecho, Conciencia y Libertad Religiosa: derecho y factor religioso*. 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 2015. ISBN 978-84-309-6626-4. pp. 267-277.
- NÈVE, Dorothee de – Grenzen der Religionsfreiheit. In Adrian Loretan (Hg.). *Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte: Religionsrechtliche Studien*. 2. Aufl. Zürich: Theologischer Verlag, 2011. ISBN 978-3-290-20066-4. pp. 163-187.
- NOONAN, John Thomas – *The Lustre of our Country: the American experience of religious freedom*. Berkeley: University of California Press, 2000. ISBN 978-0-520-22491-9
- NOVAIS, Jorge Reis – *A dignidade da pessoa humana. V. 1: Dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6157-3
- NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-1177-7
- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-107-7

- NOVAK, Michael – The first of all freedoms is liberty of conscience. *In* Daniel N. Robinson; Richard N. Williams. *Religious Liberty: essays on First Amendment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. ISBN 978-1-316-60208-9. pp. 175-185.
- NUNES, Rosa Dionízio – *Das relações da Igreja com o Estado*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2463-6
- NUSSBAUM, Martha C. – *Libertad de conciencia: contra los fanatismos*. Tradução do original em inglês *Liberty of Conscience*. *In* *Defense of America's Tradition of Religious Equality*, de Alberto E. Álvarez y Araceli Maria Benítez. Barcelona: Tusquets Editores, 2009. ISBN 978-84-8383-194-6
- ORTEGA, Abraham Barrero – *La libertad religiosa en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. ISBN 84-259-1321-7
- OTERO, Paulo – *Direito constitucional português. 1.º v.: Identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4149-0
- OTERO, Paulo – *Instituições políticas e constitucionais. Vol. 1. 2.ª. reimp.* Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-3264-1
- OZMENT, Steven – Martin Luther on Religious Liberty. *In* Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. ISBN 0-8028-4853-2. pp. 75-82.
- PAGELS, Carsten – *Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung eines speziellen Freiheitsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. ISBN 978-3-631-35450
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – *Direitos fundamentais*. Tradução do original em alemão *Staatsrecht: Grundrechte*, de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13036-4
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral – *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. ISBN 972-32-0672-2
- PRATT, Douglas – Terrorism and Religious Fundamentalism: Prospects for a Predictive Paradigm. *Marburg Journal of Religion*. Marburg: University of Marburg. ISSN 1612-2941. Vol. 11, nº. 1 (2006), pp. 1-14.
- RAABE, Niklas – *Art. 4 GG als Grundrecht unter Vorbehalt?* Norderstedt: GRIN Verlag GmbH, 2013. ISBN 978-3-656-63672-4
- RAMÍREZ, José María Porrás – La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea. *In* José María Porrás Ramírez (Coord.). *Derecho de la libertad religiosa*. 4.ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016. ISBN 978-84-309-6925-8. pp. 19-65.

- RAMÍREZ, José María Porras – La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos em matéria religiosa. In José María Porras Ramírez (Coord.). *Derecho de la libertad religiosa*. 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016. ISBN 978-84-309-6925-8. pp. 67-118.
- RAVISHANKAR, Karthik – The Establishment Clause’s Hydra: The Lemon test in the circuit courts. *University of Dayton Law Review*. Dayton: University of Dayton School of Law. ISSN 0162-9174. Vol. 41, nº. 2 (2016), pp. 261-301.
- RAVITCH, Frank S. – Religious Objects as Legal Subjects. *Wake Forest Law Review*. Winston-Salem: Wake Forest University School of Law. ISSN 0043-003X. Vol. 40, nº. 4 (2005), pp. 1011-1085.
- RAWLS, John – *Uma teoria da justiça*. Tradução do original em inglês *A Theory of Justice*, de Jussara Simões. 4ª. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ISBN 978-85-8063-267-5
- RIST, John – Augustine and Religious Freedom. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-56183-0. pp. 103-122.
- ROSSELL, Jaime – *La no discriminación por motivos religiosos en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008. ISBN 978-84-8417-281-9
- SANDOZ, Ellis – Religious Liberty and Religion in the American Founding Revisited. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. ISBN 0-8028-4853-2. pp. 245-289.
- SANTOS, Boaventura de Sousa – Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. ISSN 0102-8529. Vol. 23, nº. 1 (janeiro/junho 2001), pp. 7-34.
- SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme – *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. ISBN 978-85-69538-64-6
- SARMENTO, Daniel – O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In Valerio de Oliveira Mazzoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. ISBN 978-85-7700-229-0. pp. 211-234.
- SAVAGE, Timothy M. – Europe and Islam: Crescent Waxing, Cultures Clashing. *The Washington Quarterly*. Oxfordshire: Taylor & Francis. ISSN 0163-660X. Vol. 27, nº. 3 (2004), pp. 25-50.
- SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Freiheit in der Republik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007. ISBN 978-3-428-12343-8
- SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht – *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*. 2., überarbeitete Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. ISBN 978-3-428-13645-2

- SCHLAICH, Klaus; KORIOETH, Stefan – *Das Bundesverfassungsgericht*. 10. Aufl. München: C. H. Beck, 2015. ISBN 978-3-406-68196-7
- SCHLINK, Bernhard – *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976. ISBN 978-3-428-03684-4
- SCHMITT, Carl – *Teoría de la Constitución*. Tradução do original em alemão *Verfassungslehre*, de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editoria, 2011. ISBN 978-84-206-5479-9
- SCHNEIDER, Lüdwig – *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. ISBN 3-428-05310-9
- SCHWABE, Jürgen – *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. México: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.
- SEELMANN, Kurt – Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde: leere oder Grundlage der Rechtsordnung? In Adrian Loretan (Hg.). *Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte: Religionsrechtliche Studien*. 2. Aufl. Zürich: Theologischer Verlag, 2011. ISBN 978-3-290-20066-4. pp. 101-120.
- SHAH, Timothy Samuel – Christianity and Freedom: Ancient Roots and Historical Innovations. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-56183-0. pp. 1-32.
- SHAH, Timothy Samuel – The Roots of Religious Freedom in Early Christian Thought. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-56183-0. pp. 33-61.
- SILVA NETO, Manoel Jorge – *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20388-4
- SILVA, José Afonso – *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª. ed., 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 85-392-0142-9
- SILVA, José Afonso da – *Comentário contextual à Constituição*. 9ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 85-392-0251-4
- SILVA, Vasco Pereira da – *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3280-1
- SILVA, Virgílio Afonso da – *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 85-7420-696-2

- SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª. ed., 3ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 85-392-0031-7
- SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: comentada*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8
- SMEND, Rudolf – *Verfassung und Verfassungsrecht*. Reprint. Berlin: Duncker & Humblot, 1928. ISBN 978-3-428-16996-2
- SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de – Fenomenologia Quântica da Constituição: proatividade normativa, pulsar da realidade e mutação. In Manuel Monteiro Guedes Valente (Org.). *Os Desafios do Direito do Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7746-8. pp. 183-218.
- STAHNKE, Tad – Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law. *Brigham Young University Law Review*. Utah: J. Reuben Clark Law School. ISSN 0360-151X. Vol. 1999, nº. 1 (1999), pp. 251-354.
- STRASSER, Mark – The Coercion Test: on prayer, offense, and doctrinal inculcation. *Saint Louis University Law Journal*. Saint Louis: Saint Louis University School of Law. ISSN 0036-3030. Vol. 53 (2009), pp. 417-484.
- TAVARES, André Ramos – *Religião e neutralidade do Estado*. In Valerio de Oliveira Mazzuoli; Aldir Guedes Soriano (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. ISBN 978-85-7700-229-0. pp. 53-67.
- TIERNEY, Brian – Religious Rights: A Historical Perspective. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. ISBN 0-8028-4853-2. pp. 29-57.
- TIL, L. John Van – *Liberty of conscience: the history of a Puritan idea*. Phillipsburg: P&R Publishing, 1992. ISBN 978-0-87552-460-3
- TONOLO, Sara – Islamic Symbols in Europe: the European Court of Human Rights and the European Institutions. *Stato, Chiese e pluralism confessionale*. Milano: Università degli Studi di Milano. ISSN 1971-8543. Nº. 5 (2014), pp. 1-28.
- TRIBE, Laurence H. – *The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics*. Harvard Law Review. The Harvard Law Review Association. ISSN 0017-811X. Vol. 103, nº. 1 (Novembro 1989), pp. 1-36.
- UNRUH, Peter – *Religionsverfassungsrecht*. 3ª. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015. ISBN 978-3-8487-1986-0
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-858-49-3124-8

- WALLACE, E. Gregory – Justifying Religious Freedom: The Western Tradition. *Penn State Law Review*. Pennsylvania: Penn State Law. ISSN 1545-7877. Vol. 114, nº. 2 (2009), pp. 485-570.
- WEINGARTNER NETO, Jayme – *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. ISBN 978-85-7348-513-4
- WILKEN, Robert Louis – The Christian Roots of Religious Freedom. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-56183-0. pp. 62-89.
- WING, Adrien Katherine; SMITH, Monica Nigh – Critical Race Feminism Lifts the Veil? Muslim Women, France, and the Headscarf Ban. *UC Davis Law Review*. Davis: UC Davis School of Law. ISSN 0163-4410. Vol. 39, nº. 3 (2005), pp. 743-790.
- WITTE JR., John – Calvinist Contributions to Freedom in Early Modern Europe. In Timothy Samuel Shah; Allen D. Hertzke. *Christianity and Freedom, Vol I: Historical Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-56183-0. pp. 210-234.
- WITTE JR., John – Moderate Religious Liberty in the Theology of John Calvin. In Noel B. Reynolds; W. Cole Durham, Jr. *Religious Liberty in Western Thought*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2003. ISBN 0-8028-4853-2. pp. 83-122.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl – *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª. ed., 4ª. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2016. ISBN 85-7106-358-3