

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Sérgio Augusto Lima Marinho

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO:
Soluções constitucionalmente adequadas para a colisão entre o direito à liberdade de expressão religiosa e os demais direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores

Uberlândia
2015

Sérgio Augusto Lima Marinho

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO:
Soluções constitucionalmente adequadas para a colisão entre o direito à liberdade de
expressão religiosa e os demais direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores**

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Mestre em Direito no Curso de
Mestrado em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
de Uberlândia, sob a orientação do
Prof. Dr. Alexandre Walmott
Borges.

Uberlândia
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- M338L Marinho, Sérgio Augusto Lima, 1991-
2015 A liberdade de expressão religiosa no rádio e na televisão: soluções
constitucionalmente adequadas para a colisão entre o direito à liberdade
de expressão religiosa e os demais direitos fundamentais dos ouvintes e
telespectadores / Sérgio Augusto Lima Marinho. - 2015.
161 f.
- Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Comunicação de massa em religião - Teses. 3.
Liberdade de expressão - Teses. 4. Liberdade de culto - Teses. I. Borges,
Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia, Programa
de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Aos meus pais Ezequias de Sousa Marinho e Cleonice Lima Marinho, que desde a mais
tenra idade me ensinaram o valor da educação.

À minha irmã Sara Lima Marinho, pelo convívio e afeto dispensados.

À minha noiva Juliana de Castro Tourinho, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é preciso agradecer a Deus pelo dom da vida e pela oportunidade de galgar mais este degrau na carreira.

Agradeço aos meus pais Ezequias de Sousa Marinho e Cleonice Lima Marinho, que não somente financiaram meus estudos por muitos e longos anos, mas por me ensinarem eles próprios o valor que a educação possui.

Agradeço à minha irmã Sara Lima Marinho, pelo convívio, apoio e carinho dispensados.

Agradeço à minha noiva, Juliana de Castro Tourinho, pelo incentivo constante e pelo amor demonstrado.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Alexandre Wamott Borges, pelo tempo de orientação e por toda ajuda dispensada desde a iniciação científica, realizada ainda no curso de graduação que se estendeu pelo curso de mestrado, coroado com a conclusão do mesmo.

Agradeço também aos meus amigos Rodrigo Pereira Moreira e Mário Ângelo de Oliveira Júnior por compartilharem as alegrias e desafios desta caminhada.

Agradeço à amiga Isabel Arice Koboldt, secretária do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, não somente pela competência e agilidade no atendimento às solicitações dos alunos, mas pela amizade genuína conosco construída.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES) por ter concedido a bolsa de estudos durante o curso de mestrado, sem a qual boa parte desta pesquisa não poderia ter sido desenvolvida.

“A tolerância é o preço que temos de pagar pela nossa aventura de liberdade.”

(Ronald Dworkin)

RESUMO

A garantia do direito fundamental à liberdade religiosa é condição imprescindível ao Estado de Constitucional e assegura ao indivíduo adotar qualquer posição em matéria de fé, inclusive a negação ou a oposição. Semelhantemente, o titular do direito de liberdade religiosa tem o direito de comporta-se de acordo com os ditames da religião que escolheu e de buscar novos adeptos à sua fé. Via de consequência o direito à liberdade de expressão religiosa, não raras vezes, entra em conflito com outros direitos fundamentais, em especial quando exercida em veículos de comunicação em massa como o rádio e a televisão. Por isto, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar de que forma o Estado poderá solucionar os conflitos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão religiosa, quando exercido no rádio e na televisão, e outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores. Para alcançar o objetivo geral proposto, será necessária a observação de três objetivos específicos, cada qual correspondendo a um capítulo da dissertação. São eles: (i) Delimitar o direito fundamental à liberdade religiosa, extraíndo-se dele o direito à liberdade de expressão religiosa e a possibilidade da utilização dos meios de comunicação em massa para difusão das doutrinas e crenças religiosas; (ii) analisar o rádio e a teledifusão como instrumentos à serviço das confissões religiosas para difusão das doutrinas e da crença religiosa; (iii) investigar os caminhos em busca de soluções constitucionalmente adequadas para os conflitos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão religiosa dos indivíduos e das confissões religiosas, o qual pode ser exercido por intermédio do rádio e da televisão, e outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores que podem ser atingidos pelo discurso religioso. A pesquisa é desenvolvida com auxílio do método dedutivo, com especial ênfase à argumentação jurídica dada a necessidade de ponderação de princípios, e, paralelamente, do método indutivo com a consideração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A conclusão mostra que as soluções adequadas para o confronto entre a liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais passam pelo respeito à regra da vedação da censura e da licença prévia e pela promoção do amplo acesso dos indivíduos e confissões religiosas aos meios de comunicação em massa. Ademais, verifica-se que qualquer restrição à liberdade de expressão religiosa somente pode ser considerada constitucionalmente adequada se resistir ao teste da proporcionalidade.

Palavras-Chave: liberdade de expressão religiosa; Direitos fundamentais; Regra da proporcionalidade.

RIASSUNTO

La garanzia del diritto fondamentale alla libertà religiosa è condizione essenziale per lo stato costituzionale e assicura l'individuo a prendere qualsiasi posizione in materia di fede, tra cui la negazione o di opposizione. Allo stesso modo, il titolare del diritto alla libertà religiosa ha il diritto di comportarsi secondo i dettami della religione e di cercare nuovi adepti alla loro fede. Di conseguenza, il diritto alla libertà di espressione religiosa, non rare volte, è in conflitto con altri diritti fondamentali, in particolare quando esercitata nei mezzi di comunicazione di massa come la radio e la televisione. Pertanto, questo studio ha l'obiettivo di esaminare come lo Stato può risolvere i conflitti che coinvolgono il diritto fondamentale alla libertà di espressione religiosa, quando esercitata su radio e televisione, e gli altri diritti fondamentali di ascoltatori e telespettatori. Per raggiungere l'obiettivo generale proposto, tre obiettivi specifici saranno necessari, ciascuno corrispondente a un capitolo della dissertazione. Essi sono: (i) Definire il diritto fondamentale alla libertà religiosa, che defluisce il diritto alla libertà di espressione religiosa e la possibilità di utilizzo dei mass media per la diffusione di dottrine e credenze religiose; (ii) analizzare la radiodiffusione e la televisione come strumenti al servizio delle confessioni religiose per la diffusione di dottrine e credenze religiose; (iii) per studiare le modalità di ricerca di soluzioni adeguate costituzionalmente ai conflitti che coinvolgono il diritto fondamentale alla libertà di espressione religiosa di individui e organizzazioni religiose, che può essere esercitato attraverso la radio e la televisione, e altri diritti fondamentali di ascoltatori e gli spettatori che possono essere colpiti da discorso religioso. La ricerca è stata sviluppata con l'aiuto del metodo deduttivo, con particolare enfasi su argomentazione giuridici, data la necessità di bilanciare i principi, in parallelo, il metodo induttivo con considerazione della giurisprudenza della Corte Suprema. La conclusione dimostra che le soluzioni adeguate al conflitto tra la libertà di espressione religiosa e altri diritti fondamentali sono il rispetto per lo stato a regola che vieta censura e l'obbligo di licenza preventiva e per la promozione di un ampio accesso dei privati e confessioni religiose per i mass media. Inoltre, sembra che qualsiasi restrizione alla libertà di espressione religiosa solo può essere considerata costituzionale se resiste alla prova di proporzionalità.

Parole chiave: Libertà di espressione religiosa; Diritti fondamentali; Regola di proporzionalità;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA: A liberdade de expressão religiosa como posição jusfundamental protegida pelo direito à liberdade religiosa	14
1.1 A liberdade religiosa como direito fundamental: fundamentalidade formal e material do direito à liberdade religiosa	14
1.2 A liberdade de consciência como direito matriz em relação à liberdade religiosa.....	32
1.3 Posições jusfundamentais decorrentes do direito à liberdade religiosa: delimitação do âmbito de proteção da liberdade religiosa	41
1.4 A liberdade religiosa como vetor objetivo: A neutralidade religiosa do Estado como necessidade da garantia do direito à liberdade religiosa	55
2 RÁDIO E TELEDIFUSÃO COMO INSTRUMENTOS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA.....	68
2. 1 Contextualização no direito positivo: breve histórico do reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental no Brasil	68
2.2 A liberdade de expressão como direito fundamental: fundamentalidade formal e material do direito à liberdade de expressão	74
2.3 Dimensões da liberdade de expressão: O caráter defensivo e prestacional do direito à liberdade de expressão	81
2.4 Meios para o exercício da liberdade de expressão: corte epistemológico.....	102
3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO: Soluções constitucionalmente adequadas para as colisões entre o direito à liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores	108
3.1 O discurso religioso e a proteção à liberdade de divulgação da crença religiosa.....	108
3.2 O problema do discurso de ódio.....	116
3.3 A colisão entre a liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais.....	122
3.4 Necessidade de restrição do discurso religioso: a compatibilização da liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais.....	125
3.4.1 Teorias acerca dos limites dos direitos fundamentais: a adoção da teoria externa como reforço na proteção dos direitos	126
3.4.2 Mecanismos de aplicação do direito: as regra jurídicas como ponto de partida adequado do raciocínio jurídico	135
3.4.3 A compatibilização da liberdade de expressão religiosa no rádio e na televisão com outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores	142
CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS	153

INTRODUÇÃO

O Estado Absoluto possui os méritos da criação de mecanismos institucionais que o fortaleceram como a soberania nacional, una e indivisível, a unidade e um maior número de leis escritas reforçando a institucionalização jurídica do poder político. Neste sentido, a função histórica do Estado absoluto consiste em construir a unidade do Estado e da sociedade, passando-se de uma situação de divisão com privilégios, para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos de poder.¹

Contudo, no contexto do Estado Absoluto, não há que se falar em Direitos Fundamentais, ao menos não como concebidos atualmente. Expediente técnico-jurídico muito característico deste ambiente é o desdobramento do Estado em Estado propriamente dito, dotado de soberania, e em Fisco, entidade de Direito Privado e sem soberania. Neste cenário tem-se que apenas o fisco mantém relações jurídicas com os particulares e somente contra ele podem ser reivindicados direitos subjetivos.²

Contudo, a concentração do poder combinada ao crescente poder econômico da burguesia e sua falta de poder político, gerou como consequência a crise do Estado Absoluto e o advento do Estado Constitucional ou Estado de Direito. No Estado de Direito,

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnicos-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política.³

Com o advento deste Estado, há uma inversão de papéis, outrora o homem encontra-se a serviço do Estado e deveria contribuir para a realização de suas finalidades, agora, é o Estado quem deve propiciar os meios pelos quais os homens possam realizar seus objetivos. No Estado de Direito destacam-se características que o distinguem do Estado Absoluto: a Juridicidade, a Constitucionalidade, o sistema de

¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30.

² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 29.

³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31.

direitos fundamentais, a divisão dos poderes e a garantia da administração autônoma local.⁴

No Estado de direito não há poder soberano, todavia o poder encontra-se vinculado à Constituição, ele “pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma *orden jurídico normativa fundamental* vinculada a todos os poderes públicos.”⁵

Há quem defenda que o que impulsionou o florescimento deste Estado Constitucional, foi justamente a busca por liberdade religiosa. E uma vez reconhecido, o direito universal criou o ambiente propício ao reconhecimento dos direitos humanos. Neste sentido, Georg Jellinek lembra que a ideia de direitos originários dos indivíduos é destacada de forma mais veemente a partir do pensamento religioso.⁶

Nesta quadra, Chaïm Perelman preleciona que:

A noção de direitos humanos implica que se trata de direitos atribuíveis a cada ser humano enquanto tal, que esses direitos são vinculados à qualidade de ser humano, não fazendo distinção entre eles e não se estendendo a mais além. Reconheça-se ou não a origem religiosa do lugar especial reservado aos seres humanos nessa doutrina, proclama ela que a pessoa possui uma dignidade que lhe é própria e merece respeito enquanto sujeito moral livre, autônomo e responsável.⁷

Nesta senda, comentando a entendimento de Jellinek da liberdade religiosa como gênese dos demais direitos fundamentais, Jürgen Habermas destaca o inegável nexos conceitual existente entre a fundamentação universalista do direito de liberdade religiosa e o fundamento normativo de um Estado Constitucional caracterizado justamente pela união entre democracia e reconhecimento de direitos humanos.⁸

Então, a garantia do direito fundamental à liberdade religiosa é condição imprescindível ao Estado de Constitucional. Decorrente do direito de liberdade de consciência, este direito possibilita ao indivíduo adotar qualquer posição em matéria de fé, inclusive a negação ou a oposição.

⁴ Neste sentido, confira-se CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245 e ss.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245.

⁶ JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. México: UNAM, 2003, p. 117.

⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 400.

⁸ HABERMAS, Jürgen. De la tolerancia religiosa a los derechos culturales. **Claves de razón práctica**. nº. 129, p 4-13, Madrid, 2003, p. 5.

Semelhantemente, o titular do direito de liberdade religiosa tem o direito de comporta-se de acordo com os ditames da religião que escolheu e de buscar novos adeptos à sua fé. Via de consequência, o direito à liberdade de expressão religiosa não raras vezes é motivo de polêmicas, sobremaneira quando exercido por intermédio de meios de comunicação em massa como o rádio e a televisão tendo em vista o seu conflito com outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores.

Por isto, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar de que forma o Estado poderá solucionar o conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão religiosa, quando exercido no rádio e na televisão, e o outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores.

Para alcançar o objetivo geral proposto será necessária a observação de três objetivos específicos, cada qual correspondendo a um capítulo da presente dissertação. São eles: (i) Delimitar o direito fundamental à liberdade religiosa, extraindo-se dele o direito à liberdade de expressão religiosa e a possibilidade da utilização dos meios de comunicação em massa para difusão das doutrinas e crenças religiosas; (ii) analisar o rádio e a teledifusão com instrumentos à serviço das confissões religiosas para difusão das doutrinas e da crença religiosa; (iii) investigar os caminhos em busca de soluções constitucionalmente adequadas para os conflitos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão religiosa dos indivíduos e das confissões religiosas, o qual pode ser exercido por intermédio do rádio e da televisão, e outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores que podem ser atingidos pelo discurso religioso.

Dessa maneira, faz-se mister uma abordagem mais completa deste direito no atual estado da arte e da matéria. Nesta quadra, a liberdade religiosa é concebida como direito fundamental tanto em sentido formal, visto que encontra correspondência no direito constitucional positivo, como em sentido material já que representa uma importante decisão do Estado além de se encontrar ligada a diversos princípios fundamentais, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana. Dita liberdade é um direito de defesa e que, por isto, tem o condão de proteger o seu titular de ingerências indevidas dos Estados e dos particulares.

A liberdade religiosa tem como direito matricial a liberdade de consciência, que além de direito matriz, funciona como ponte entre a liberdade religiosa e uma gama

de liberdades comunicativas.⁹ Por isto, a liberdade religiosa garante, dentre muitas outras posições jusfundamentais, o direito de liberdade de expressão religiosa.

Ocorre que não raras vezes os dogmas religiosos se chocam com outras visões de mundo, e tendo em vista a autonomia individual como elemento pertencente à estrutura do princípio da dignidade humana¹⁰, tais dogmas não podem ser impostos àqueles que com eles não concordam.

Assim, o trabalho tem por escopo analisar os problemas reflexos da utilização dos meios de comunicação em massa, em especial os meios de rádio e teledifusão para fins de comunicação religiosa. A relevância do presente trabalho está em oferecer a discussão que se envolve de contextualizações teórica variadas como: a teoria dos direitos fundamentais, colisão entre direitos fundamentais, restrição de direitos fundamentais e argumentação constitucional.

Nesta quadra, surge o seguinte questionamento: *como é possível ao Estado limitar a liberdade de expressão religiosa de modo a compatibilizar seu exercício com outros direitos fundamentais com ela conflitantes, sem violar o direito à liberdade religiosa e sem comprometer a laicidade estatal?*

Tendo como marco teórico a teoria dos princípios nos moldes propostos por Robert Alexy, o método de abordagem da presente pesquisa será o dedutivo. Partindo-se da análise do direito à liberdade de expressão religiosa como direito fundamental, passa-se pelo reconhecimento dos meios de comunicação em massa como instrumentos que poderão ser utilizados pelos indivíduos e pelas confissões religiosas para difundir as doutrinas e crenças religiosas, para finalmente analisar-se os caminhos para soluções constitucionalmente adequadas para os conflitos de direitos fundamentais decorrente deste exercício da liberdade de expressão religiosa no rádio e na televisão. Nesta quadra, será imprescindível a utilização da argumentação jurídica face à dificuldade interpretativa e à aplicação de princípios.¹¹ Paralelamente, tem-se como auxílio o método indutivo com a consideração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁹ Neste sentido, confira-se: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72 e ss.

¹⁰ Neste sentido confira-se KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.e BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 72 e ss.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158. A respeito da importância da argumentação jurídica para o Direito vide: ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

Assim sendo, no primeiro capítulo trata-se da delimitação do direito à liberdade religiosa do qual deflui o direito à liberdade de expressão religiosa. Para tanto, defini-se a liberdade religiosa como direito fundamental tanto em sentido formal como em sentido material. Posteriormente, vislumbra-se a liberdade de consciência como direito matriz do qual deflui a liberdade religiosa e como ponte que a une a um complexo de liberdade comunicativas. Em seguida, busca-se delimitar o âmbito de proteção da liberdade religiosa, e partindo-se de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, verifica-se que tal âmbito de proteção é o mais alargado possível englobando qualquer posição jusfundamental que apresente ligação com o âmbito temático deste direito, sendo que dentre tais posições se encontra o direito de expressar a crença, de difundir a doutrina religiosa e de buscar novos adeptos. Finalmente, verifica-se a necessidade de uma posição de neutralidade estatal em relação a religião, como consequência imposta pelo direito à liberdade religiosa e como condição do seu respeito e promoção.

No segundo capítulo trata-se do rádio e da televisão como instrumentos à serviço da liberdade de expressão religiosa. Para tanto, realiza-se uma digressão recorrendo-se sobre a liberdade de expressão como direito fundamental. Primeiramente realiza-se sua contextualização no direito constitucional positivo. Em seguida, discute-se a respeito da sua fundamentalidade formal e material e do seu cunho defensivo e prestacional. Finalmente, justifica-se o corte epistemológico realizado, delimitando-se o rádio e a teledifusão como instrumentos de exercício da expressão religiosa.

No terceiro e último capítulo busca-se o caminho para soluções constitucionalmente adequadas para o conflito de direitos fundamentais ocasionado pela utilização do rádio e da televisão para expressão religiosa. Primeiramente, faz-se mister delimitar o que se entende por discurso religioso, o que passa pela delimitação do sentido jurídico da própria religião. Em seguida, aborda-se o problema do discurso de ódio em relação à liberdade de expressão, inclusa a expressão religiosa. Adiante, apresenta-se o problema do conflito entre a liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores e se vislumbra como o Estado poderá apresentar soluções constitucionalmente adequadas para tais conflitos, tendo em vista a sistemática constitucional brasileira.

1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA: A liberdade de expressão religiosa como posição jusfundamental protegida pelo direito à liberdade religiosa

O presente capítulo tem por objeto a delimitação do direito fundamental à liberdade religiosa, do qual se extrai o direito à liberdade de expressão religiosa. Parte-se da definição da liberdade religiosa enquanto direito fundamental, verificando-se a sua fundamentalidade tanto em sentido formal como em sentido material, tendo em vista o direito constitucional positivo pátrio.

Em seguida, apresenta-se a liberdade de consciência como matriz em relação à liberdade religiosa como direito fundamental e como ponte que une este direito a um complexo de liberdades comunicativas de cuja relação decorre o direito à liberdade de expressão religiosa.

Adiante, busca-se delimitar o âmbito de proteção do direito a liberdade religiosa, inicialmente tecendo-se considerações a respeito do suporte fático dos direitos fundamentais com a finalidade de elencar quais posições jusfundamentais encontram-se abrangidas neste direito, e se a liberdade de expressão religiosa é uma delas.

Encerrando, apresenta-se a liberdade religiosa como vetor objetivo do ordenamento jurídico, do qual decorre a necessidade da adoção de uma posição da neutralidade estatal em matéria religiosa como condição imprescindível à garantia da liberdade religiosa, analisando-se as diversas formas de relação entre o Estado e as confissões religiosas, e traçando um perfil da relação do Estado brasileiro com as confissões religiosas com vistas ao direito constitucional positivo pátrio.

1.1 A liberdade religiosa como direito fundamental: fundamentalidade formal e material do direito à liberdade religiosa

A liberdade religiosa pode ser definida como um direito complexo, de vertentes subjetiva, cujos titulares são pessoas físicas e jurídicas, e objetiva, revestindo-se assim de dimensões positivas e negativas e vinculando os órgãos estatais e os particulares.¹² A liberdade religiosa, vai muito além do direito de ter, não ter ou deixar de ter uma religião, ao contrario, como direito complexo garante aos seus titulares uma série de

¹² WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 61.

posições jusfundamentais e cria para o Estado além do dever de respeitá-la (não-interferência), o dever de garanti-la (cunho prestacional). De forma deveras simplista pode-se afirmar que ela é concebida com a finalidade de garantir que toda pessoa possa assumir a crença e prática religiosa que lhes pareçam mais adequadas.¹³

Este direito complexo, que se desdobra em diversas posições jurídicas jusfundamentais¹⁴, certamente constitui-se em direito cuja fundamentalidade pode ser vislumbrada a partir de sua presença no texto constitucional (formal) bem como de sua relação umbilical com os valores que fundamentam os direitos fundamentais (material). Nesta senda, antes de discorrer sobre este direito tão caro ao homem cuja positivação é fruto de sangrentas lutas, convém dedicar algumas linhas aos direitos fundamentais nos quais a liberdade religiosa se insere.

Os direitos fundamentais ocupam posição central na Constituição¹⁵ e no ordenamento jurídico. Tais direitos, juntamente com outros princípios estruturantes, constituem aquilo que é conhecido como Constituição material.¹⁶ Justamente em virtude de sua importância, há a preocupação com a sua realização concreta evitando-se que tais direitos se transformem em mera promessa constitucional inconsequente.¹⁷

O próprio Estado Constitucional somente pode ser concebido a partir do reconhecimento da necessidade de garantia de posições jusfundamentais, “posições tão importantes que a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”¹⁸ Tamanho é o destaque

¹³ CARBONELL, Miguel. De La libertad de consciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 122.

¹⁴ Neste sentido, confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72 a 77.

¹⁵ “A forma universal, inalienável, indisponível, e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurado como ‘fundamental’: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição da convivência civil e também causa ou razão social daquele artifício que é o Estado” FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25-26.

¹⁶ Neste sentido, Ingo Sarlet leciona que “Os Direitos Fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 58.

¹⁷ Mais uma vez recorre-se a lição de Ingo Sarlet para quem “Mesmo na sua inafastável (mas jamais exclusiva e destituída de eficácia e aplicabilidade direta) dimensão programática, os direitos fundamentais, notadamente os sociais, não precisam necessariamente constituir um instrumento de manipulação ou uma mera ilusão.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 364.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

conferido aos direitos fundamentais que até mesmo o princípio democrático, um dos mais caros ao Estado Constitucional, lhe cede passagem.¹⁹

A doutrina aponta para existência de uma verdadeira relação de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado Democrático. “A democracia exige o Estado de Direito,” não se pode vislumbrar uma verdadeira democracia na ausência de um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, por isto tais direitos “são condições do regular funcionamento da democracia.”²⁰

Diante da ausência da garantia dos direitos políticos, os quais somente são plenamente realizáveis em uma democracia, o atual sentido da dignidade da pessoa humana restaria mutilado em uma dimensão essencial, qual seja: o da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e da necessária igual possibilidade da sua livre participação nas tomadas de decisões da comunidade.²¹ Estados nos quais os direitos fundamentais podem ser exercícios, criam um ambiente favorável à democracia, como âmbito institucional e procedimental.²²

É possível afirmar que a noção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria é decorrente da concepção kantiana de dignidade humana da qual resulta uma capacidade de autodeterminação que torna o homem um fim em si mesmo impedindo sua transformação em um meio para alcançar outro fim. A esse respeito, Kurt Seelman pondera que:

Respeitar a dignidade do outro, não torná-lo um simples meio, não é, na “Metafísica dos Costumes” de Kant, um dever jurídico eventualmente imposto pela violência, e sim um dever de virtude, situado, naturalmente, em termos de conteúdo, a meio caminho entre um dever jurídico e outro dever de virtude, o do amor ao próximo. A meio caminho, porque esse dever de virtude de respeito é, tal como um dever jurídico, um “dever negativo”. É que num certo paralelo

¹⁹ Nesse sentido, a doutrina destaca o papel contramajoritário dos direitos fundamentais. Neste diapasão recorre-se à lição de Luigi Ferrajoli para quem: “Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 36. Nesta senda, Peter Häberle destaca inclusive a proteção das minoria (étnicas, culturais, religiosas) como sendo inerente à atual etapa de crescimento do Estado Constitucional, confira-se: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: UNAM, 2003, p. 29.

²⁰ NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 20.

²¹ NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp 19-20.

²² MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 167.

com *neminem laedere*, com a proibição de lesão do Direito, ele é o dever de não se impor sobre o outro.²³

Por isto, a existência de um Estado Democrático pressupõe a existência e garantia de posições jusfundamentais²⁴, semelhantemente, não se pode olvidar que a dignidade humana²⁵ e os direitos fundamentais somente são plenamente realizáveis em um ambiente democrático. Neste diapasão, Friedrich Müller afirma categoricamente a impossibilidade de contestar empiricamente o fato de que regimes autoritários e ditatoriais oprimem regularmente os direitos fundamentais.²⁶

Aos direitos fundamentais correspondem proibições e obrigações a cargo do Estado cuja violação é causa da invalidade das decisões políticas e cuja observância é condição de legitimidade dos poderes públicos.²⁷ Neste sentido, como preleciona Robert Alexy, os direitos fundamentais constituiriam verdadeira moldura que limita a atuação estatal. Nas palavras do autor:

A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultativo – ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é aquilo que se encontra no interior da moldura. Neste sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado.²⁸

²³ SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 106.

²⁴ Neste sentido MÜLLER assevera que “A possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição *necessária* da democracia: isto significa que os direitos humanos não substituem a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos” MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 167 -168.

²⁵ Ressalte-se que a dignidade humana ocupa posição central em praticamente dos os ordenamentos jurídicos do mundo, e seu respeito é um dever imposto a todos os povos. Neste sentido, em comentários a respeito da dignidade humana no constitucionalismo alemão, Peter Häberle preleciona que: “A cláusula da dignidade humana prevista no art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental não constitui uma particularidade da nossa Lei Fundamental, mas sim um “tema típico” e atualmente central para muitos dos Estados Constitucionais integrantes da “Família das Nações”, conforme revela uma comparação de seus respectivos textos constitucionais.” HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Dimensões da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

²⁶ Confira-se MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 167.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 34-35.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 583. Em sentido semelhante Ferrajoli preconiza que a constitucionalização dos direitos fundamentais cria a esfera do indecível: a esfera do “indecível que” surgida a partir do conjunto de direitos de liberdade e autonomia, os quais impõem limites, proibições cuja a violação gera antinomia (por isso surgem como normas de competência negativa); e, a esfera do “indecível que não”, vislumbrada a partir do conjunto dos direitos sociais que impõem vínculos, obrigações estatais, cuja inobservância é causa de lacunas. O que fica de fora é a “esfera do decidível” com base no exercício dos direitos de autonomia política e privada, a primeira medida pela representação, nas produções das decisões públicas, e a segunda diretamente

Neste diapasão, lembre-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet que diferencia a dimensão subjetiva (posição de ser titular de um direito e exigir seu respeito e promoção dos destinatários da norma) dos direitos fundamentais da sua dimensão objetiva. Leciona o autor:

Importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra também protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.²⁹

Reconhecida a posição privilegiada dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico de qualquer Estado que se pretenda Democrático e de Direito, faz-se mister apresentar uma conceituação destes direitos. A este respeito, interessante o conceito formal proposto por Luigi Ferrajoli, para quem:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.³⁰

A partir desta definição formal, o Autor concebe que o grau de igualdade e de democracia de um ordenamento depende do nível de alcance da universalidade dos

exercida sobre o mercado na produção de decisões privadas. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110 ss.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 145.

³⁰ “São direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de labor; entende-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) garantida a um sujeito por uma norma jurídica positiva; e por status a condição de um sujeito prevista semelhantemente por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que correspondam ao exercício de tais direitos.” (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 19.

direitos fundamentais, a qual adverte não ser absoluta.³¹ Neste sentido, a respeito da universalidade dos direitos fundamentais tendo em vista o constitucionalismo pátrio, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiros nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.³²

Contudo, uma perspectiva meramente formal dos direitos fundamentais não parece satisfatória, por isto, há que se perquirir quais os conteúdos devem ser protegidos como fundamentais. Nesta senda, Ferrajoli pondera que:

A la pregunta qué son los derechos fundamentales?, si en el plano de su forma se puede responder a priori enumerando los caracteres estructurales que antes he señalado, en el plano los contenidos – o sea, de qué bienes son o deben ser protegidos como fundamentales – sólo se puede responder a posteriori: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés, se les sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría.³³

Então, são fundamentais os direitos suprimidos da tanto da esfera do mercado quanto da maioria.³⁴ Por isto, os direitos fundamentais não podem ser alienados ou

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 22.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 210.

³³ “À pergunta que são os direitos fundamentais? Se no plano de sua forma se pode responder a priori enumerando suas características estruturais, no plano de seus conteúdos, ou seja, de que bens são ou devem ser protegidos como fundamentais, somente se pode responder a posteriori: quando se quiser garantir uma necessidade ou um interesse se lhes subtrai tanto da esfera do mercado como da esfera das decisões da maioria” (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 36.

³⁴ Noutro escrito, o autor adverte que: “Somente a imposição de limites e vínculos aos poderes da maioria por obra de normas constitucionais a eles rigidamente supraordenadas é capaz de defender por si mesma, ou seja, dos excessos de um poder de maioria ilimitado, a própria democracia política ou formal. Não por acaso o paradigma da democracia constitucional, protegido pela rigidez das constituições, se impôs e generalizou logo após a segunda guerra mundial, depois das terríveis experiências do nazismo e do fascismo. Descobriu-se, então, que nem o poder da maioria, que havia consentido o advento das ditaduras, nem o consenso popular, do qual até elas haviam usufruído, garantem a qualidade de um sistema político e do mesmo poder de maioria. **E se convém, por isso, estipular, no pacto constitucional, a indisponibilidade do próprio pacto e das suas cláusulas, a começar pelos direitos de liberdade e pelos direitos sociais**” (grifo nosso) FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 111

adquiridos, mas são inerentes à pessoa, tampouco podem ser suprimidos pela maioria que transitoriamente ocupa o poder, funcionando como verdadeiro “trunfo” contra ela.³⁵

Na esteira dos argumentos esgrimidos por Ferrajoli, percebe-se então a existência de um direito fundamental quando determinada posição jurídica é imputada universalmente a todos (enquanto pessoas, ou cidadãos, ou capazes de trabalhar) sendo positivada em um diploma diferenciado – a Constituição – que a deixa a salvo de eventuais erosões provocadas pela sistemática do mercado ou da maioria no poder.³⁶

Resta saber, o que determinada posição jurídica tem de importante para receber esse tratamento diferenciado. Neste diapasão se adentra na discussão dos fundamentos dos direitos fundamentais, buscando-se então em quais valores tais direitos devem estar alicerçados para merecerem a posição ocupada no ordenamento jurídico.

Nesta senda, Luigi Ferrajoli apresenta quatro fundamentos dos direitos fundamentais. Contudo, antes de analisá-los o autor promove uma interessante diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos por ele denominados patrimoniais, diferenciação esta que deve ser trazida à baila para que reste mais clara a escolha dos quatro fundamentos.

Partindo da sua concepção formal de direitos fundamentais exposta alhures, o autor apresenta uma série de diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. A primeira diferença reside na qualificação universal da classe dos sujeitos titulares de direitos fundamentais, ao passo que os direitos patrimoniais são de titularidade singular.³⁷

Por consequência, os direitos fundamentais estão reconhecidos a todos os seus titulares de igual forma e medida ao passo que os direitos patrimoniais pertencem a cada

³⁵ Neste sentido, confira-se a lição de Jorge Novais, que aborda o tema ao realizar uma reflexão sobre as relações complexas envolvendo Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, desenvolvendo a metáfora dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria cunhada por Ronald Dworkin, NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17.

³⁶ Nesta senda, destacando a importância de se subtrair os direitos fundamentais da esfera de decidibilidade da maioria no poder a fim de evitar a erosão dos direitos da minoria, Robert Alexy pondera que: “Como ninguém conhece o legislador futuro e também as circunstâncias sob as quais ele agirá, ninguém pode ter certeza de que ele não utilizará – diferentemente do que ocorreu no passado e no presente – aquelas liberdades e competências de forma desfavorável aos indivíduos” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 449

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 30.

um de maneira diversa, tanto por quantidade como por qualidade.³⁸ Um exemplo utilizado pelo Autor facilita a compreensão da diferença:

Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias, igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de que otros y no yo son propietarios.³⁹

A segunda diferença é consequência do traço da universalidade dos direitos fundamentais. Tais direitos são indisponíveis, inalienáveis, inegociáveis, invioláveis, intransferíveis e personalíssimos. Lado outro, os direitos patrimoniais, por conta de sua natureza, são negociais e alienáveis podendo ser acumulados, ao passo que os direitos fundamentais permanecem invariáveis (não pode alguém tornar-se juridicamente mais livre, mas pode tornar-se juridicamente mais rico).⁴⁰

Em razão de sua indisponibilidade, os direitos fundamentais encontram-se subtraídos tanto da esfera de decisão política quanto da esfera do mercado. Em virtude de sua indisponibilidade ativa, não são alienáveis por seus titulares, devido a sua indisponibilidade passiva, não são expropriáveis ou limitáveis⁴¹ por outros sujeitos, incluído o Estado.⁴²

Outra diferença apontada, relacionada à estrutura jurídica dos direitos, reside no fato de que como os direitos patrimoniais são disponíveis, estão destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos, sendo direitos predispostos por leis como efeitos de tais atos. Diversamente, os direitos fundamentais têm seu título

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: ____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 30.

³⁹ “Todos somos igualmente livres para manifestar nosso pensamento, igualmente imunes diante de detenções arbitrárias, igualmente autônomos para dispor dos bens que nos pertencem e igualmente titulares do direito a saúde ou a educação. Mas cada um de nós é proprietário ou credor de coisas diversas e em medida diversa: eu sou proprietário da minha roupa ou da casa em que moro, ou seja, de objetos diversos daqueles que outros são proprietários.” (Tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: ____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 30.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: ____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 31.

⁴¹ FERRAJOLI não admite a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, mas ao que parece, não utiliza a expressão “limitação” como corriqueiramente se utiliza como sinônimo de “restrição” a direitos fundamentais.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: ____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 32.

imediatamente na Lei, são conferidos através de regras gerais (habitualmente) ⁴³ de traço constitucional.⁴⁴

Uma vez universalmente atribuídos a todos e em igual medida, os direitos fundamentais encontram-se na base da igualdade jurídica, lado outro, enquanto atribuídos de forma singular a cada um de seus titulares, os direitos patrimoniais estão na base da desigualdade jurídica. Enquanto dispostos imediatamente por normas heterônomas, os direitos fundamentais são, por natureza, indisponíveis, ao passo que a disponibilidade dos direitos patrimoniais provém do fato de estarem predispostos por normas jurídicas previstos como efeitos de atos jurídicos.⁴⁵

Para Ferrajoli, é a diferença estrutural existente entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais que sugere os critérios metaéticos e metapolíticos que possibilitam escolher quais direitos devem ser garantidos como fundamentais.⁴⁶ Sumariamente, o autor apresenta como fundamentos dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela do mais fraco e a paz.⁴⁷

A dignidade da pessoa é encontrada na contraposição entre direitos patrimoniais, disponíveis por natureza e, por isto, relacionados a um valor relativo, e os direitos fundamentais, relacionados a um valor intrínseco,⁴⁸ pois enquanto universais,

⁴³ Especialmente em relação ao ordenamento jurídico pátrio, deve-se ressaltar a opção do constituinte por um catálogo de direitos fundamentais materialmente aberto conforme preconiza o artigo 5º, §2º da Carta Magna, reconhecendo-se a existência de direitos fundamentais implícitos ou não escritos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. A respeito da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, vide por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 78 ss.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 33.

⁴⁵ Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 103-104.

⁴⁶ Confira-se: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104.

⁴⁷ Autor em obra mais antiga inseria a Democracia no lugar da Dignidade da Humana como primeiro critério axiológico, neste sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____ (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009, p. 316 ss; Em obra mais recente, elenca a Dignidade da Humana como primeiro fundamento dos direitos fundamentais, deixando a relação entre direitos fundamentais e democracia para o plano da validade das normas do ordenamento jurídico que serão validas não somente diante do respeito do procedimento prévio exigido para sua formulação, mas também do respeito aos conteúdos constitucionais, em especial, aos direitos fundamentais, que contribuirão a construção de uma democracia, não meramente formal, mas substancial. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 108 ss.

⁴⁸ A respeito da dignidade da pessoa humana muito se escreveu durante séculos, contudo, tamanha é a dificuldade em conceituar este valor que ganhou destaque na maioria das Constituições do mundo em especial após os horrores da segunda grande guerra, que a doutrina se recolhe a pensar apenas em um conceito mínimo de dignidade da pessoa humana, tal conceito identifica três elementos: a) o valor intrínseco do homem; b) a autonomia individual. c) a dignidade como valor comunitário. Elementos ontológico, ético e social da dignidade, respectivamente. Neste sentido, vide por todos. BARROSO, Luís

encontram-se numa zona de indisponibilidade tanto em relação às decisões da maioria no poder quanto em relação às decisões privadas na esfera do mercado.⁴⁹

Recorrendo ao pensamento Kantiano, Luigi Ferrajoli ensina que o homem, enquanto um fim em si mesmo, não pode ser utilizado como meio para obtenção de outros fins, deve ser protegido. Por isto, ao contrario das coisas que podem ser substituídas por outras equivalentes, o homem não o pode ser, razão pela qual ele não possui um preço, contudo, uma dignidade. Tal dignidade, somente pode ser assegurada pelos direitos fundamentais, uma vez que estes garantem o respeito da sua identidade enquanto pessoa.⁵⁰

O segundo fundamento axiológico, a igualdade (em direitos fundamentais) também surge da diferenciação entre os direitos fundamentais enquanto universais e dos direitos patrimoniais enquanto singulares. Para o autor, os direitos fundamentais existem para promover a igualdade a qual é um princípio complexo que ao mesmo tempo exige a proteção das diferenças e a redução das desigualdades. Então, a igualdade é fundamento tanto para os direitos fundamentais de liberdade estabelecidos para tutelar o igual valor das diferenças pessoais, como para os direitos sociais existentes para combater as desigualdades materiais e sociais.⁵¹

Pelo terceiro fundamento dos direitos fundamentais, a tutela dos mais fracos, um direito pode ser identificado como fundamental na medida em que tenha a função de proteger o mais fraco frente ao mais forte. Neste sentido:

Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigoram na sua ausência: em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e liberdade, contra quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.⁵²

Por fim, o quarto critério axiológico apontado, a paz, justifica-se na medida em que devem ser garantidos como fundamentais todos os direitos vitais cuja garantia é

Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 72 ss.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104 ss.

⁵⁰ Neste sentido, confira-se: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105-106.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 106.

condição necessária da paz, ou seja, todos os direitos em que a ausência de tutela e satisfação se degenera na violência opressiva.⁵³ Isto significa que:

São fundamentais todos aqueles direitos dos quais a garantia dependem a paz e, para os quais, a violação justifica, não o dissenso, mas a revolta até o exercício, como proclamaram muitas constituições do século XVIII, do direito de resistência. Estes direitos são antes de mais nada, segundo o paradigma hobbesiano e paleoliberal, os direitos à vida, à integridade e à liberdade pessoal, contra a lei do mais forte, própria do estado de natureza. Mas são também – em um mundo em que sobreviver é sempre menos um fato natural e sempre mais um fato artificial, dependente da integração social – os direitos sociais à saúde, à instrução e à previdência, dos quais a satisfação depende, nas sociedades hodiernas, os mínimos vitais.⁵⁴

Nesta senda, pode-se afirmar mais sólida a paz dentro de uma comunidade nacional ou internacional, quanto mais ampla e efetiva a garantia dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que dos quatro valores apontados por Ferrajoli como fundamentos dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa, igualdade, proteção do mais fraco e paz) três encontram-se positivados na Constituição brasileira de 1988 nos artigos 1º, III (dignidade humana); 5º, caput (igualdade); 4º, VI (defesa da paz), e um (a tutela do mais fraco) pode ser depreendido dos objetivos da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I) e de erradicação da pobreza e da marginalização bem como de redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III).

A fundamentalidade de um direito pode ser verificada formal e materialmente. A fundamentalidade formal diz posição privilegiada de um direito dentro do ordenamento jurídico, por isto, será verificada a partir da análise do direito positivo. Neste sentido, Robert Alexy assevera que “A *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.”⁵⁵

Tendo como parâmetro o ordenamento jurídico pátrio, uma vez previsto na Constituição, determinado direito situa-se no ponto mais alto do ordenamento jurídico

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 108.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520. (grifos do autor)

escalonado.⁵⁶ Ademais, na qualidade de norma constitucional, encontra-se submetido aos limites da reforma constitucional previstos no artigo 60. Some-se a isto o fato de se tratar de norma imediatamente aplicável e que vincula de forma imediata os entes públicos e particulares em vista do disposto no artigo 5º, § 1º da Lei Maior.⁵⁷

Por sua vez, a fundamentalidade material diz com o fato de pertencerem os direitos fundamentais ao que é conhecido como Constituição material ⁵⁸. Direitos fundamentais são materialmente fundamentais porque refletem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. ⁵⁹ Além disto, um direito é materialmente fundamental quando estiver relacionado com determinados valores que norteiam o ordenamento jurídico, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, ⁶⁰ o que permite a existência de direitos apenas materialmente fundamentais uma vez que ligados a determinados valores fundantes do sistema jurídico, mas ausentes do texto constitucional.⁶¹

Feitas essas considerações propedêuticas, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro, facilita-se a constatação do acerto da afirmação inicial de que a

⁵⁶ A respeito do ordenamento como sistema escalonado, recorre-se à multicitada lição de Hans Kelsen, para quem a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada com diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. Este sistema possui como característica a unidade a qual é produto da relação de dependência existente entre as normas, verificada no fato de a validade de uma norma, cuja produção, por seu turno é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵⁷ A respeito da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74 ss.

⁵⁸ Nas palavras de Canotilho, a Constituição material é “o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que se pensa e vê escrito, a Constituição material não se reconduz a um simples “poder de facto” (“relações de poder e influência”, “facto político puro”), pois a constituição material tem também uma *função ordenadora*. A chamada *força normativa da constituição* (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a *vontade de constituição*, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material.” – grifos do autor. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1139.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 522.

⁶⁰ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

⁶¹ A respeito da existência de direitos fundamentais fora do texto constitucional, confira-se BORGES, Alexandre Walmott; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; MARINHO, Sérgio Augusto Lima. O Estatuto do Idoso – análise sobre a autonomia dos direitos fundamentais da lei em relação aos direitos fundamentais constitucionais. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Joseane Araújo (orgs.)., **Temas contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pilares, 2013, p. 270 ss.

liberdade religiosa é um direito fundamental, tanto em sentido formal, como em sentido material.

Primeiramente, há que se destacar que a liberdade religiosa é um direito assegurado constitucionalmente. A Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade estabelecendo: a) a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (artigo 5º, IV); b) a prestação de assistência religiosa, nos termos da lei, nas entidades civis e militares de internação coletiva (artigo 5º, V); c) que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (artigo 5º, VI).

Ademais, apesar de discutível a sua força normativa, o preâmbulo da Carta Magna introduz uma Constituição de uma sociedade política que tem como um de seus valores supremos a Liberdade, e se pretende fraterna, pluralista e sem preconceitos. Então, a liberdade religiosa emerge como um valor supremo do país, pois não há que se falar em pluralismo e ausência de preconceitos, onde não haja respeito e tolerância à religião.

Neste sentido, Aldir Soriano pondera que “uma sociedade fraterna, justa e pluralista, nos termos do preâmbulo Constitucional, só pode subsistir com liberdade, inclusive liberdade religiosa. Consequentemente, essa sociedade deve ser tolerante, em relação às diferentes confissões religiosas, senão deixa de ser pluralista e não terá a liberdade como valor supremo.”⁶²

O traço constitucional da liberdade religiosa, com base no exposto alhures, da conta de sua fundamentalidade formal, uma vez que se trata de uma posição jusfundamental revestida de tamanha importância que a decisão sobre garanti-la foi tomada pela própria Constituinte (Robert Alexy), sendo retirada da esfera de decidibilidade do Legislador infraconstitucional e de negociabilidade do mercado (Luigi Ferrajoli).

Ademais, além da fundamentalidade formal que garante um regime jurídico diferenciado à liberdade religiosa (sua natureza supra legal, a vinculação dos órgãos estatais e a aplicabilidade imediata de suas normas), esta goza ainda de uma

⁶² SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo Juarez de Oliveira, 2002, p. 86.

fundamentalidade material, visto que possui íntima relação com diversos valores basilares do ordenamento jurídico.

Neste diapasão, convém resgatar os critérios axiológicos (Dignidade humana, igualdade, paz e proteção do mais fraco) adotados por Luigi Ferrajoli para decidir quais direitos devem ser garantidos como fundamentais. Tais valores, como visto alhures, podem ser encontrados na Carta Magna do Estado brasileiro. Assim, um direito é materialmente fundamental, quando seu conteúdo estiver vinculado com algum destes valores.

Nesta senda, a fundamentalidade material da liberdade religiosa pode ser verificada visto que tal direito se vincula com todos os critérios axiológicos acima referidos. Inicialmente, a liberdade religiosa encontra-se intimamente ligada a ideia de dignidade da pessoa humana, princípio insculpido no artigo 1º, III da Constituição Cidadã.

Delimitar a dignidade da pessoa humana é tarefa deveras difícil, e muitos tentaram fazê-lo durante a história,⁶³ missão deveras árdua tendo em vista que se trata de expressão reconhecidamente vaga, fluida e indeterminada.⁶⁴ A dignidade já foi compreendida como um valor atribuído condizente com a posição social ocupada pelo indivíduo, contudo, já na Roma antiga Cícero a reconheceu como um valor intrínseco, concebendo-se ao lado do sentido sociopolítico de dignidade, um sentido moral.⁶⁵

Na fase inicial do cristianismo, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno o qual sustentou que os seres humanos têm dignidade por terem sido criados à imagem e semelhança de Deus, que, ao encarnar em Jesus Cristo dignificou a natureza humana.⁶⁶ A visão teológica da dignidade humana foi reafirmada por diversos teóricos do medievo como São Tomás de Aquino e Anício Manlio Severino Boécio.

Até então, vinculada à noção de dignidade humana têm-se a ideia de um valor intrínseco, contudo, no limiar da renascença com o teórico Giovanni Pico Della Mirandola à ideia de valor intrínseco se junta a de autonomia. Para o referido teórico o homem possui dignidade, pois dotado por Deus de um livre arbítrio não está destinado a

⁶³ Para melhor compreensão da dignidade da pessoa no âmbito da evolução do pensamento ocidental, confira-se por todos SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 33 e ss.

⁶⁴ COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.1.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35-36.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36-37.

ser o que quer que seja, mas se encontra livre para decidir os rumos da sua vida e se tornar o que lhe apraz. Mirandola, narrando a sua concepção a respeito da criação, explica a natureza humana singular:

Estabeleceu, portanto, o ótimo artífice que, àquela a quem nada de especificamente próprio podia conceder, fosse comum tudo o que tinha sido dado parceladamente aos outros. Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: “Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar; aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! Ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. As bestas, no momento em que nascem, trazem consigo do ventre materno, como diz Lucílio, tudo aquilo que depois terão. Os espíritos superiores ou desde o princípio, ou pouco depois, foram o que serão eternamente. Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão os seus frutos.”⁶⁷

A noção de autonomia destacada por Pico Della Mirandola constitui um verdadeiro marco na evolução do pensamento ocidental sobre a dignidade humana, todavia, sua teoria ainda concebe a dignidade como algo conferido por Deus que ao criar o homem lhe dotou do tal livre arbítrio que o diferencia (dignifica) perante as demais criaturas.

Por sua vez, Immanuel Kant, assevera que no reino dos fins, tudo possui um preço ou uma dignidade, as coisas que possuem preço podem ser perfeitamente substituídas por outras equivalentes, entretanto, aquilo que se encontra acima de todo o preço, e que por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁶⁸ Por conta de tal dignidade, o homem constitui um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio para a obtenção de outros fins. Esta dignidade é um valor intrínseco a todo ser humano pautado em sua autonomia que lhe permite criar as regras de sua própria existência.

⁶⁷ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6.ed. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 57.

⁶⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

Kant concebe a dignidade humana como valor intrínseco e autonomia, mas deixa de crê-la como algo atribuído por qualquer divindade que seja, mas algo inato pautado na racionalidade humana.⁶⁹ Atualmente, reconhece-se que não há como delimitar a dignidade da pessoa humana, mas, tão somente a um conceito mínimo que envolveria três elementos: o valor intrínseco de cada indivíduo, a autonomia individual (na esteira do que se propôs durante toda a evolução da dignidade no pensamento ocidental), e a dignidade como um valor comunitário com papel auto limitador.⁷⁰

Esta pequena digressão a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana se faz necessária para apontar a íntima relação existente entre liberdade religiosa e o referido princípio, sobremaneira, tendo em vista o conceito mínimo proposto por Luis Roberto Barroso.

Nesta senda, a liberdade religiosa pode perfeitamente ser fundamentada na dignidade da pessoa humana na qual se verifica a ideia de autonomia que constitui o elemento ético da dignidade humana, “é o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa.”⁷¹ A autonomia corresponde à capacidade de uma pessoa tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo de sua vida, decisões e escolhas estas que estarão pautadas em sua própria concepção de bem, sem influências ou imposições externas.⁷² Nesta senda, “decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade.”⁷³

As escolhas em matéria religiosa devem ocorrer de forma livre não podendo o Estado ou os particulares imporem qualquer credo religioso sobre quem quer que seja, nisto consiste a liberdade religiosa, na autonomia da pessoa em escolher qual religião deseja aderir, existindo ainda a possibilidade de escolher ser contrária a uma visão de mundo religiosa, qualquer que seja ela, ou ser indiferente a qualquer visão de mundo.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 72 ss.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 82.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 309.

Então, tendo em vista que o homem é um fim em si mesmo e que por isto, não admite qualquer equivalência, como as coisas que possuem preço (KANT), a ele deve ser conferida autonomia (liberdade) para realizar suas escolhas em matéria religiosa, respeitando-se assim a dignidade que lhe é inerente.

Ressalte-se que a autonomia pessoal não se confunde com a liberdade, aquela está na origem (é o fundamento) desta, correspondendo apenas ao seu núcleo essencial. A liberdade apresenta um âmbito mais extenso o qual pode ser, legitimamente, limitado por forças externas, todavia, a autonomia, enquanto núcleo da liberdade constitui a zona desta que não pode ser tangenciada por influências estatais ou sociais, uma vez que compreende decisões básicas como as escolhas relacionadas à Religião.⁷⁴

Além de encontrar fundamento na dignidade humana (enquanto autonomia pessoal), a liberdade religiosa pode ainda ser fundamentada na igualdade. Os homens, sendo iguais em dignidade uma vez que está apresenta-se como valor intrínseco a todos, e não um valor atribuído por quem quer que seja, também o são em autonomia para realizar suas escolhas e perseguir o seu ideal de vida boa.

Neste diapasão, a liberdade religiosa encontra fundamento na igualdade, visto que todos possuem o igual direito de aderirem a qualquer religião que queiram ou a nenhuma se assim preferirem, não se podendo considerar que uma seja melhor ou pior que outra.

Os direitos fundamentais, como firmado alhures, têm a finalidade de tutelar juridicamente os que são faticamente mais vulneráveis. Então, a liberdade religiosa também pode ser fundamentada no valor da proteção do mais fraco, uma vez que por seu intermédio se possibilita a existência, proteção e promoção de religiões minoritárias e inconventionais, e em sua ausência somente é possível proferir a fé da maioria no poder.

Inclusive, Ferrajoli ao considerar a tutela do mais fraco como critério axiológico de fundamentação dos direitos fundamentais, faz referência expressa à liberdade religiosa, nas palavras do autor:

Exatamente porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, esses valem, como direitos do indivíduo, para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas e ate mesmo contra suas famílias: a mulher contra o

⁷⁴ Neste sentido, confira-se BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 82 – 83.

pai e o marido, o menor contra os pais, e, em geral, os oprimidos contra as suas culturas opressivas, inclusive as suas religiões.⁷⁵

Ressalte-se que a liberdade religiosa é um direito fundamental revestido de especial significação, especialmente em decorrência das perseguições e até mesmo atrocidades cometidas ao longo dos séculos em nome de ideais religiosos. A importância deste direito é tão destacada que já houve quem afirmasse que esta, especialmente como reconhecida nas ex-colônias inglesas foi a primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana.⁷⁶

Ademais, a liberdade religiosa é fundamental para existência e manutenção da paz, podendo por isto ser fundamentada neste valor (e princípio, no caso de nosso ordenamento jurídico). A religião, enquanto algo tão arraigado na pessoa, não pode ser imposta, devendo sua escolha ser livre. A imposição de uma religião foi por muitos séculos o motivo de guerras. A busca pela liberdade religiosa se deu por intermédio de violentas batalhas, inclusive, há quem aponte o reconhecimento de tal direito como precursor do reconhecimento de todos os demais direitos fundamentais que após ela seriam garantidos nas diversas Constituições ocidentais surgidas após as revoluções inglesa, francesa e americana.⁷⁷

Neste diapasão, Luigi Ferrajoli destaca a importância histórica do reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental, nas palavras do autor:

Não esqueçamos que o primeiro direito de liberdade afirmado historicamente nas origens do Estado moderno foi a liberdade religiosa e de consciência, que é essencialmente um “direito cultural” – equivalente à liberdade e à tolerância de todas as diferenças de identidade, sejam essas religiosas, ou políticas, ou ideológicas, ou seja, culturais – o qual reconhecimento pôs fim, na Europa às guerras religiosas.⁷⁸

Ainda a respeito da fundamentalidade material, destaque-se sua íntima relação com a democracia. Há até quem afirme que a busca por liberdade religiosa foi a causa

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107.

⁷⁶ JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. México, Unan, 2003, p. 115 ss.

⁷⁷ Nesta senda, Jellinek assevera que “La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y sus luchas.” JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. México: UNAM, 2003, p. 125.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107.

do ressurgimento da democracia na América, esquecida há séculos em uma remota Atenas⁷⁹ e que “o princípio da liberdade religiosa é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.”⁸⁰

As linhas acima buscaram delinear a liberdade religiosa como um direito fundamental, mas não somente porque encontra-se prevista na Constituição (fundamentalidade formal), todavia, porque intimamente ligada a princípios basilares da Carta Política (fundamentalidade material). Realizada esta tarefa convém dedicar algumas linhas à liberdade de consciência a qual, como será vislumbrado adiante, além de ser o direito matriz em relação à liberdade de consciência, também atua como ponte entre este direito e um complexo de liberdades comunicativas.

1.2 A liberdade de consciência como direito matriz em relação à liberdade religiosa

Como desenvolvido linhas acima, à luz do direito constitucional positivo, pode-se verificar que a liberdade religiosa é um direito fundamental, tanto em sentido formal como em sentido material. Contudo, a expressão “liberdade religiosa” não foi utilizada pelo constituinte brasileira o que abre espaço para a discussão a respeito de qual seria o direito matricial do qual ela decorreria, se seria o direito de liberdade de consciência ou se seria o direito de liberdade de pensamento.

A respeito de tal discussão dedica-se algumas linhas para ao final se realizar uma tomada de posição pessoal a respeito do tema, sempre tendo em vista o direito constitucional positivo pátrio. Nesta senda, há quem conceba a liberdade religiosa como uma expressão da liberdade de pensamento. Neste sentido José Afonso da Silva, explica

⁷⁹ Neste sentido, Roy Nicholas dissertando a respeito da formação da democracia americana assevera que: “Penn esforçou ao máximo de sua competência para fazer de sua colônia americana uma experiência sagrada. Homens de todas as crenças e interesses para lá foram. Como Rhode Island e Maryland, a colônia contribuiu muito para a tendência que prevaleceu, a de que o autogoverno e a liberdade religiosa deveriam ser os principais ingredientes daquela nova e mais esclarecida sociedade na formação da América.” NICHOLAS, Roy F. **Religião e Democracia**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 22. Mais adiante, o autor é enfático ao descrever a relação, quase simbiótica, surgida entre a religião e a democracia: “A religião estava destinada a fazer mais do que modelar as formas institucionais da democracia norte-americana. Iria impregnar de tal maneira a organização política com seu espírito que, com o tempo, a própria democracia se assemelharia a uma religião.” NICHOLAS, Roy F. **Religião e Democracia**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 40.

⁸⁰ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: O princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n 18. p. 225-241. Brasil, 2011, p. 241.

que a liberdade de pensamento “se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente.”⁸¹

Por isto, para o Autor, a liberdade de pensamento se divide em dois grandes troncos: o primeiro que corresponderia à dimensão interna da liberdade de pensamento, envolvendo a liberdade de consciência e de crença; e o segundo que corresponderia à dimensão externa da liberdade de pensamento por meio da qual a primeira dimensão se exteriorizaria, envolvendo as liberdade de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção de conhecimento.⁸²

José Afonso da Silva concebe a liberdade religiosa como uma posição jusfundamental decorrente tanto da dimensão interna como da dimensão externa da liberdade de pensamento. Primeiramente, na dimensão interna, estaria abarcada na liberdade de crença, que possibilita a liberdade de crença religiosa, o que significa que “todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião.”⁸³

Para exteriorizar o pensamento referente à religião (na segunda dimensão) encontra-se a liberdade religiosa como para além da liberdade de crença, as liberdades de culto e de organização religiosa a primeira, compreendida basicamente na “prática de ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida,”⁸⁴ e a segunda, compreendida na “possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado.”⁸⁵

Ao lado de José Afonso da Silva, se colocam diversos outros autores nacionais para os quais a liberdade religiosa é decorrência da liberdade de pensamento. Pontes de Miranda concebe a liberdade religiosa como uma parcela da liberdade de pensamento que justamente para assegurar (além das possibilidades de escolher, deixar de escolher e

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241.

⁸² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241 – 256.

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 249.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 250.

voltar atrás na escolha de uma religião) a possibilidade de se pensar contra certa religião ou contra as religiões, recebe o nome de liberdade de crença.⁸⁶

Neste diapasão, destaque-se ainda o posicionamento de Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug para quem da liberdade de pensamento, em virtude de sua tendência à exteriorização, deflui a liberdade de opinião, e desta decorre – como forma de concretização – a liberdade de consciência (quando a liberdade de opinião tenha por objeto a moral) e de crença (quando tenha por objeto a religião).⁸⁷

Em análise ao direito constitucional positivo os referidos autores asseveram que Constituição assegura a liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, VI, CF) como decorrência da própria liberdade de pensamento e opinião assegurada no artigo 5º, IV da Constituição/1988.⁸⁸

A liberdade de consciência estaria relacionada com as convicções íntimas de cada indivíduo, podendo ou não vincular-se ao aspecto religioso. Por sua vez, a liberdade de crença estaria vinculada ao aspecto religioso. Nesta senda, a liberdade de culto seria a exteriorização das liberdades de consciência (que pode ter aspecto religioso) e crença (que necessariamente, tem aspecto religioso).⁸⁹

No mesmo sentido, leciona Kildare Gonçalves Carvalho para quem “A liberdade religiosa deriva da liberdade de pensamento. É direito de crença e de culto que vem declarada no art. 5º, VI.”⁹⁰ Semelhantemente, para o Autor, “A liberdade de culto é a liberdade de exteriorizar a fé religiosa, mediante atos e cerimônias como procissões, adorações, cantos sagrados, missas, sacrifícios, dentre outros.”⁹¹

Mais uma vez, a liberdade de pensamento é concebida como direito matricial em relação à liberdade religiosa, e a liberdade de culto como forma de exteriorização desta. Contudo, há quem defenda ser a liberdade de consciência o direito do qual deflui a liberdade religiosa.

⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. tomo IV. São Paulo: RT, 1967, p. 110 ss.

⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER- PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 36, p. 106-114. São Paulo, 2001, p. 106-107.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER- PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 36, p. 106-114. São Paulo, 2001, p. 113-114.

⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER- PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 36, p. 106-114. São Paulo, 2001, p. 113-114.

⁹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. vol II. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 103.

⁹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. vol II. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 104.

A liberdade de consciência “consiste na possibilidade que a pessoa tenha sua própria cosmovisão e entenda da forma que queira o seu papel no mundo, sua missão – se é que considera que tenha alguma – na vida e o lugar dos seres humanos no universo.”⁹² Essa liberdade é sustentada pelo valor da tolerância que impõe o respeito mútuo entre as pessoas ainda que não se esteja de acordo com determinada conduta ou que ela lhe pareça moralmente reprovável.⁹³

Nesta senda, a consciência pode ser conceituada como: “uma atitude moral que ajuda a construir a identidade pessoal de uma pessoa e lhe prescrever, de maneira subjetivamente vinculativa, que, em uma situação concreta, pratique como ‘boas’ ou ‘justas’ certas ações ou as omita como ‘más’ ou ‘injustas’”.⁹⁴

Entre os autores que concebem a liberdade de consciência como pano de fundo da liberdade religiosa encontra-se Miguel Carbonell para quem a liberdade de consciência⁹⁵ é um direito matriz a partir do qual se desenvolvem outros direitos, dentre os quais, o mais óbvio é a liberdade religiosa.⁹⁶

Nesta senda, Márcio Eduardo Pedrosa Moraes, afirma que a liberdade religiosa tem em vista tutelar a consciência religiosa.⁹⁷ Por sua vez, Humberto Nogueira Alcalá, em escrito a respeito da liberdade religiosa no Chile⁹⁸, também defende a liberdade de consciência como direito-mãe da liberdade religiosa, nas palavras do autor:

La *libertad de conciencia* protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a

⁹² CARBONELL, Miguel. De la libertad de conciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 119 (tradução livre)

⁹³ CARBONELL, Miguel. De la libertad de conciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 119

⁹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252.

⁹⁵ O autor utiliza o termo “liberdade ideológica” como sinônimo de liberdade de consciência isto fica claro na medida em que utiliza os termos indistintamente, no título de seu trabalho fala em “libertad de conciencia” noutros momentos em “libertad ideológica”.

⁹⁶ CARBONELL, Miguel. De la libertad de conciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 121.

⁹⁷ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: O princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n 18. p. 225-241. Brasil, 2011, p. 241.

⁹⁸ Ressalte-se que a Constituição chilena utiliza de redação bem semelhante à utilizada pela CRFB/1988 para positar a liberdade religiosa como se depreende da leitura de seu artigo 19, nº 6 que declara que a constituição assegura à todas as pessoas "La libertad de conciencia, La manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público."

rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea una exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones.⁹⁹

Neste sentido, também é o posicionamento de Jorge Miranda para quem a liberdade religiosa se mostra indissociável da liberdade de consciência que é direito matriz em relação a ela. A liberdade de consciência é mais ampla compreendendo a liberdade de ter ou não religião, além da liberdade de convicções de outra natureza que não religiosa. Além disto, não se confunde a liberdade religiosa com a liberdade de consciência uma vez que enquanto esta vale para o foro individual, aquela, indubitavelmente possui uma dimensão social e institucional.¹⁰⁰

Nesta senda, semelhante é a lição de Jónatas Machado para quem “A liberdade religiosa constitucionalmente consagrada tem como ponto de apoio básico a liberdade de consciência.”¹⁰¹ Interessante notar que o autor se refere ao direito constitucional português, contudo, sua lição é plenamente válida para o direito constitucional pátrio tendo em vista a similitude do texto utilizado para posituação da liberdade religiosa. Enquanto a Constituição Portuguesa de 1976 prevê em seu artigo 41º, n.º 1 que “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”, como visto alhures, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê seu artigo 5º, VI que “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

Neste diapasão é válido recorrer à lição de Jónatas Machado para quem: “A liberdade religiosa surge consagrada como um corolário da liberdade de consciência, sendo certo que o Direito visa proteger todas as opções que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo quando se trate de decisões de rejeição.”¹⁰² Então, a crença é

⁹⁹ “A liberdade de consciência protege o processo racional, reflexivo, à elaboração intelectual do ser humana e sua adesão ou não à concepções valorativas ou crenças, sejam elas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas ou de qualquer outra natureza bem como à rechaçar aquelas que consideram errôneas; processo que corresponde ao foro interno da pessoa que tem um caráter inviolável o qual cria uma exigência de se comportar exteriormente de acordo com as concepções adotadas.” - (Tradução livre). ALCALÁ, Humberto Nogueira. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. **Revista Iuset Praxis**. vol 12. n. 2. p. 13-41. Talca, 2006, p. - .

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 416.

¹⁰¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 193.

¹⁰² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 194.

apenas uma das alternativas à disposição do sujeito tendo em vista o seu direito de liberdade de consciência.

Como argumento adicional em favor da liberdade de consciência como pano de fundo da liberdade religiosa, pode-se elencar que a ligação entre tais direitos é tão íntima que a maior parte dos casos de objeção de consciência é de índole religiosa,¹⁰³ não obstante a liberdade de consciência tocar não apenas o plano religioso, mas diversos outros domínios como o filosófico, político, ideológico, estético, entre outros.

Neste diapasão, é a autonomia ética e existencial da pessoa (como respeito à dignidade que lhe é inerente) que faz da liberdade de consciência o pressuposto inalienável do Estado de Direito, o qual é desdobrado em múltiplas posições jurídicas dentre as quais se encontra a liberdade religiosa.¹⁰⁴ Ademais, a liberdade de consciência enquanto direito fundamental que é, e numa dimensão objetiva,¹⁰⁵ enquanto elemento fundamental da ordem jurídico-estatal sustenta a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, que se apresenta como requisito de um processo político livre e como fundamento de um Estado que se pretenda democrático e de direito,¹⁰⁶ e condição sem a qual não se pode garantir liberdade religiosa genuína, como será adiante exposto.

No direito pátrio, Jayme Weingartner Neto na esteira de Jónatas Machado também concebe a liberdade de consciência como matriz do direito de liberdade religiosa. O autor justifica seu posicionamento a partir do próprio direito constitucional positivo que primeiramente assegura a liberdade de consciência para em seguida garantir a liberdade religiosa, como se depreende da leitura do artigo 5º, VI da Carta Constitucional.

Nesta senda, o Autor pondera que conceber a liberdade de consciência como pano de fundo da liberdade religiosa:

¹⁰³ Neste sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 195.

¹⁰⁴ Neste sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 195.

¹⁰⁵ A respeito da dupla perspectiva dos direitos fundamentais (subjéctiva e objectiva), confira-se por todos respeito da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, confira-se por todos SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141 e ss.

¹⁰⁶ Neste sentido é a lição de MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 196 e, entre os autores nacionais, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 477.

Tem a vantagem de apontar para os valores fortes da *consciência* e da *razão individuais*, com respaldo axiológico para o *cluster right* da liberdade religiosa, além de harmoniza-se de forma mais adequada, ao texto da Constituição Federal de 1988, notadamente ao ponto de Arquimedes representado pelo inciso VI do artigo 5º, que parte da inviolabilidade da liberdade de consciência para, a seguir, enunciar o direito à liberdade religiosa.¹⁰⁷ (grifos do autor)

A consciência seguramente é o pano de fundo mais apropriado para suportar a liberdade religiosa do que “pensamento” uma vez que a ela pode ser concebida como um atributo que se define pela oposição entre uma posição de distanciamento tomada pela pessoa para que possa construir níveis mais elevados de integração, e uma faculdade especial de autopercepção.¹⁰⁸

Ademais, tendo em vista o direito constitucional positivo, acredita-se que considerar o direito de liberdade religiosa como decorrente da liberdade de expressão do pensamento (artigo 5º, IV, CF/88) acaba por enfraquecer o direito de liberdade religiosa descaracterizando o fenômeno religioso ante a sua desmistificação e secularização.¹⁰⁹ A liberdade religiosa somente pode defluir da liberdade de consciência¹¹⁰, pois somente assim gozará do status de que necessita, separando-se a convicção religiosa das convicções de outros domínios (moral, política, etc.).

Um exemplo criado por Jónatas Machado esclarece o que se quer provar: imagine-se que dois estudantes se recusem a fazer exames no sábado, um fundamenta sua recusa na religião ao passo que outro em convicções morais sobre o valor da família e a importância de passar o fim de semana em casa. Neste caso, se reduzirmos o fenômeno religioso aos direitos de expressão (do pensamento – artigo 5º, VI, CF/88), reunião e associação aos dois alunos teriam o direito de não realizar os exames. Assim, não haveria qualquer distinção entre a crença religiosa e as convicções filosóficas, morais, políticas, etc. de modo que, neste caso, seria possível se questionar acerca da própria existência do direito de liberdade religiosa.

¹⁰⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

¹⁰⁸ Neste sentido, confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-94.

¹⁰⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 198.

¹¹⁰ Nesta senda, Paulo Pulido Adragão pondera que “A protecção da liberdade de expressão não é assim suficiente para a tutela da religião pelo Direito, podendo até ser lhe contrária. Neste sentido, convém denunciar a tutela inconfina da liberdade de expressão artística, que, em muitos casos, pode violar realmente a liberdade das convicções religiosas dos outros.” ADRAÇÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 511.

Por isto, a religião somente pode ser compreendida com um fenômeno *sui generis* sem qualquer correspondência no plano secular,¹¹¹ que somente pode ser algo decorrente da consciência humana, como escolha que o ser realiza em virtude da ciência que se tem de si próprio (autopercepção e autocompreensão), e que por isto se diferencia da liberdade de manifestação do pensamento.

Neste sentido, Paulo Pulido Adragão preleciona que “a recondução da liberdade religiosa à mera manifestação particular da liberdade de expressão levaria à degradação das garantias específicas da primeira, decorrentes da especificidade do fenômeno social religioso.”¹¹²

Por tudo isto, acredita-se que a liberdade de consciência seja o pano de fundo adequado para a liberdade religiosa, já que é a consciência que possibilita o indivíduo não somente pensar, mas compreender seu espaço no mundo e a si próprio, é mais que pensar, é ser. Ademais, a análise do texto constitucional não deixa dúvidas de que é a liberdade de consciência que assegura a liberdade religiosa, garantindo o constituinte a inviolabilidade de consciência para em seguida delinear o direito a liberdade religiosa como direito de crença - numa perspectiva da pessoa consigo mesma - e de culto, numa perspectiva da pessoa com a comunidade religiosa da qual decide fazer parte.

Não se pode olvidar que a Constituição também garante a liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, CF/88) que juntamente com outros direitos como direito de resposta (artigo 5º, V, CF/88), liberdade de expressão (artigo 5º, IX, CF/88), liberdade de informação (artigo 5º, XIV, CF/88) forma o complexo de liberdades comunicativas, que certamente se comunicam com a liberdade religiosa, sobremaneira em virtude da tendência proselitista que esta última possui. Por isto, o direito geral de liberdade de consciência, além de figurar como pano de fundo destas liberdades, funciona como ponte entre ambos os complexos (liberdades comunicativas e liberdade religiosa).¹¹³

Após a tomada de posição pessoal pela liberdade de consciência como direito matricial em relação à liberdade religiosa e ponte entre este direito complexo e o complexo de liberdades comunicativas que não de figurar como formas de

¹¹¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 197-198

¹¹² ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 511.

¹¹³ Neste sentido, confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93.

exteriorização da liberdade religiosa, destaca-se apenas uma posição complementare destoantes do debate proposto.

Neste diapasão, Paulo Pulido Adragão apresenta uma posição bastante singular. Para o autor, existe uma precedência ontológica da liberdade religiosa sobre a liberdade de consciência que é tida como “o juízo de conformidade que deriva do sistema moral inerente a uma religião ou a uma ética religiosamente determinada, mesmo que seja pela negativa,” como o ateísmo ou o agnosticismo.¹¹⁴ Assim, “a opção religiosa num sentido ou noutro, condiciona a orientação geral da consciência.”¹¹⁵

Adragão defende que a liberdade de consciência é mera expressão da exigência de comportar-se de acordo com os ditames éticos derivados da cosmovisão que se escolhe, pela liberdade de religião, aderir.¹¹⁶ Então, primeiramente o indivíduo escolhe a religião e, em seguida, todas as demais tomadas de posição relacionadas à moral, política, filosofia, etc. se darão condicionadas pela cosmovisão religiosa, (a-religiosa ou anti-religiosa, também são opções) que escolheu.

Assim, apenas em momento posterior surge o direito de liberdade de consciência, agir segundo os ditames da consciência e não ser compelido a agir contra os ditames da consciência, como direito decorrente da liberdade religiosa.¹¹⁷ Não obstante aparentemente a proposta de Adragão fazer algum sentido, visto que realmente pode-se reconhecer alguma influência da religião adotada pela pessoa em sua visão de mundo relativa a outros domínios, tal teoria não pode prosperar.

Concebendo-se a liberdade religiosa como direito matricial em relação à liberdade de consciência individual, esta teria que se acomodar, enquanto elemento da liberdade religiosa, com as manifestações sociais específicas desta última. Isto tem o grave inconveniente de criar a possibilidade de opressão religiosa das minorias,¹¹⁸ o que é totalmente repulsivo, sobremaneira tendo em vista o histórico de lutas para o reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental, reconhecimento este impulsionado justamente pelas minorias em busca de liberdade.¹¹⁹

¹¹⁴ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 263.

¹¹⁵ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 417.

¹¹⁶ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 510.

¹¹⁷ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 510.

¹¹⁸ Frise-se que “A variedade de crenças, de religiões, de cultos, de liturgias, deve ser respeitada. O ser humano tem o direito à liberdade de escolher a religião que usará como meio para se unir a Deus! E o estado tem o dever de garantir essa liberdade religiosa.” OLIVEIRA JUNIOR, Albino Queiroz. Direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive seus direitos sociais. IN: LOTUFO, Renan. (Cord.). **Direito Civil Constitucional**. caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p.197-198.

¹¹⁹ Neste sentido, confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83.

Verificada a liberdade religiosa como direito decorrente da liberdade de consciência, que também lhe serve de ponte de ligação a um complexo de liberdades comunicativas necessárias à concretização da liberdade de consciência (formas de exteriorização desta), necessário se faz delimitar o âmbito de proteção da liberdade religiosa vislumbrando-se quais posições jusfundamentais estão abarcadas pelo direito em comento.

1.3 Posições jusfundamentais decorrentes do direito à liberdade religiosa: delimitação do âmbito de proteção da liberdade religiosa

Antes de se elencar quais posições jurídicas, ações e estados, estariam garantidos pelo direito fundamental à liberdade religiosa, é necessário firmar algumas premissas. Nesta senda, deve-se esclarecer que o presente trabalho adota como marco teórico a teoria dos direitos fundamentais tal como proposta por Robert Alexy¹²⁰ para quem, os direitos fundamentais somente poderão gozar de uma garantia estatal adequada, partindo-se da noção de suporte fático amplo.¹²¹

Suporte fático de direitos fundamentais é definido por Robert Alexy como “a totalidade das condições para uma consequência jurídica definitiva desse direito”.¹²² Alexy adverte que este é o “suporte fático em sentido amplo” no interior do qual se encontram o “suporte fático em sentido estrito” e a “cláusula de restrição”. A consequência prevista na norma de direito fundamental (“proteção definitiva”) advém quando o suporte fático em sentido estrito é preenchido e a cláusula de restrição (que justifica a não proteção) não.¹²³

Neste diapasão, Virgílio Afonso da Silva realiza uma distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto. O suporte fático abstrato é formado “por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica.”¹²⁴ Por sua vez, o

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 301 ss.

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 307.

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 308.

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 67.

suporte fático concreto “é a ocorrência concreta no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.”¹²⁵

Há que se destacar uma pequena diferença nos modelos de suporte fático concebidos por Alexy e Virgílio. Para o primeiro, dois são os elementos que compõe o suporte fático quais sejam: âmbito de proteção e a intervenção.¹²⁶

A seu turno, Virgílio propõe um modelo alternativo composto por três elementos, quais sejam: o âmbito de proteção e a intervenção estatal, somados à ausência de fundamentação constitucional que legitime a intervenção estatal. Pois se o suporte fático é o conjunto de elementos que uma vez implementados geram a consequência jurídica prevista na norma, não se pode deixar de fora desse conjunto de elementos a ausência de uma justificativa constitucional para a intervenção estatal, que sendo constitucionalmente adequada, não realiza o suporte fático, não sendo possível ao titular do direito fundamental reclamar a consequência jurídica prevista na norma.¹²⁷

Entretanto, para os dois autores, e cuja concepção é adotada no presente trabalho, o suporte fático dos direitos fundamentais deve ser concebido de uma forma ampla a fim de garantir maior proteção aos direitos fundamentais. Assim, os elementos que compõe o suporte fático devem ser tomados da forma mais ampla possível.

Neste diapasão, o âmbito de proteção corresponde ao conjunto de ações, estados ou posições jurídicas que possam ser encaixados nos respectivos âmbitos temáticos dos direitos de defesa.¹²⁸ A seu turno, a intervenção constitui o embaraço, afetação ou eliminação daquelas ações, estados ou posições jurídicas protegidos pela norma.¹²⁹

Os conceitos de âmbito de proteção e de intervenção não apresentam maiores problemas se concebidos em abstrato, as dificuldades surgem a partir do momento em

¹²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 305.

¹²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

¹²⁸ Neste sentido, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 72.

¹²⁹ Neste sentido, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 303. Bodo Pieroth e Bernard Schilink conceituam intervenção a qual chamam de ingerência como “qualquer atuação do Estado que *torne total ou parcialmente impossível* ao particular um conduta que caia no âmbito de proteção de um direito fundamental, independentemente de se este efeito ocorre como efeito final ou involuntariamente, direta ou indiretamente jurídica ou materialmente (*de fato*, informalmente), com ou sem ordem e coação.” (Grifos no original). PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-129.

que é necessário delimitar in concreto quais são, de fato, os bens protegidos pelo âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais e no que consiste uma intervenção estatal.

Duas alternativas se apresentam quanto ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a primeira alternativa é considerar como pertencentes ao âmbito de proteção toda e qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que possua qualquer característica que possa ser reconduzida ao “âmbito temático” de determinado direito fundamental,¹³⁰ dito de outro modo, “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes.”

¹³¹ A segunda possibilidade é a exclusão de condutas que seriam sabidamente proibidas, ou não abrangidas pelo direito fundamental.

No que tange à intervenção, também se abrem dois caminhos: o primeiro é considerar como intervenção estatal qualquer ação, caso se trate de um direito de defesa,¹³² ou omissão, caso se trate de um direito prestacional,¹³³ sobre aquelas ações, estados, fatos ou posições jurídicas protegidas pelo direito fundamental; o segundo, é considerar que determinadas ações, ou omissões, não constituem intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais uma vez que a conduta estatal ocorre sobre algo que não estaria protegido pelo referido direito fundamental.

A depender da adoção de uma ou outra concepção a respeito do que seja âmbito de proteção e a intervenção estatal, assume-se uma perspectiva ampla ou restrita a respeito do suporte fático. Nesta senda, apresenta-se o que vem a ser o suporte fático

¹³⁰ Neste sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 72-73.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 332.

¹³² “Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).” (Grifos do autor). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

¹³³ Consideram-se direitos a prestações em sentido amplo aqueles direitos que por sua natureza tipicamente prestacional não se enquadram entres os direitos de defesa, neste sentido confira-se: SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189. Neste diapasão, Canotilho assevera que “Os **direitos a prestações** significam, em sentido estrito, direitos do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, ele pode obter a satisfação das suas “pretensões prestacionais” através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado).” (Grifos do autor). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

restrito e as razões pelas quais esta concepção não é apta a resolver os problemas envolvendo direitos fundamentais.

Isto porque, diferentemente do que ocorre quando se adota uma concepção ampla do suporte fático,

As concepções de suporte fático restrito dos direitos fundamentais mais típicas caracterizam-se por afastar de plano do âmbito de proteção da norma algumas ações, condutas ou meios de exercício do direito. Trata-se de uma exclusão a priori, que se consagra com a não proteção de determinadas hipóteses subsuntivas e com o estabelecimento de limites que configuram ou delimitam o suporte fático do direito.¹³⁴

Diversos são os autores e teorias que concebem de forma restrita o suporte fático dos direitos fundamentais. Uma primeira estratégia é a utilização da interpretação histórico-sistemática a partir da qual se confere à interpretação constitucional a tarefa de delimitação do que diz e do que não diz respeito à essência de determinado direito fundamental. Tal interpretação constitucional deve utilizar como parâmetros analíticos o contexto histórico- evolutivo da norma e sua inserção no sistema jurídico.¹³⁵

Tal estratégia é digna de merecidas críticas principalmente pelo conservadorismo que promove, impossibilitando a atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais diante de uma realidade mutável.¹³⁶ No terreno da liberdade religiosa, por exemplo, uma concepção como esta fatalmente descambaria para opressão e preconceito contra religiões menos convencionais.

Ressalte-se que a doutrina ao buscar delimitar o que vem a ser religião, rejeita definições objetivas que comumente se pautam na semelhança que deveria existir entre o credo incipiente e as “religiões tradicionais” (religiões do livro), para que aquele seja definido como religião. A busca é por um conceito amplo e expansivo de religião, despido de aspirações definitórias a fim de não restringir o âmbito de proteção da liberdade religiosa e não violar a neutralidade estatal em matéria religiosa (pressuposto necessário da liberdade religiosa, como será visto adiante).¹³⁷

¹³⁴ PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54.

¹³⁵ Nesta senda, confira-se: PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56.

¹³⁶ Neste sendo, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95.

¹³⁷ Neste sentido, confira-se MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra:

Ainda como estratégia de justificação de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais, destaca-se a teoria do alcance material de Friedrich Müller. Robert Alexy explica que, para Müller, nenhum direito é garantido de forma ilimitada em decorrência da única restrição realmente imanente, qual seja: sua natureza jurídica.¹³⁸

Para Müller, à garantia de um direito fundamental são impostos limites materiais em decorrência de sua qualidade jurídica. Tais limites não são impostos de forma externa, mas verificados a partir da própria extensão material-normativa do âmbito normativo pressuposto pelo dispositivo positivador do direito fundamental.¹³⁹ A definição do limite e do conteúdo do direito fundamental são, portanto, a mesma coisa.¹⁴⁰

Dessa feita, não é possível discutir de que maneira é possível restringir um direito fundamental, mas apenas o quão extenso esse direito é. Dita extensão, será verificada justamente a partir do âmbito da norma definidora do direito fundamental.¹⁴¹ A razão pela qual a teoria de Müller se encontra entre as definidoras de um suporte fático restrito repousa no fato de que para ele somente farão parte do âmbito normativo (âmbito de proteção) do direito fundamental as “modalidades materialmente específicas” de exercício do referido direito.¹⁴²

Esclareça-se que “específica é uma forma de exercício quando se pode demonstrar que a ela não falta a conexão material com a estrutura do âmbito normativo do direito fundamental (a ser antes dogmaticamente desenvolvida).”¹⁴³ Portanto, determinadas ações serão excluídas *a priori*.

Uma modalidade de ação será ou não específica para um direito fundamental quando for verificada conexão com a estrutura do âmbito normativo. Essa conexão é encontrada quando a modalidade de ação é abrangida pelo âmbito do “estruturalmente necessário e essencial para o âmbito da norma substancialmente definido.”¹⁴⁴

Coimbra, 1996, p. 217 ss e WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101 ss.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 310.

¹³⁹ A respeito da delimitação do âmbito normativo confira-se: MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 237.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 310 -311.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 311.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 311.

¹⁴³ MÜLLER, Friedrich. Apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 311 – 312.

¹⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. Apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 312.

O teste para a verificação desta condição é baseado na possibilidade de substituição de determinada modalidade de ação por outra.¹⁴⁵ Havendo tal possibilidade, tratar-se-á de uma modalidade de ação não-específica em relação ao direito fundamental e, por isso, não abrangida pelo seu âmbito de proteção do direito fundamental.

Não-específica “é uma ação que pode ser, sem perdas para o exercício *típico* de um direito fundamental, substituída por outra, que, nesse caso, seria típica.”¹⁴⁶ Então, proibir uma ação não-específica não é limitar um direito fundamental, não é restringir o exercício do direito já que aquela modalidade de exercício não se encontra no âmbito de proteção.

Nesta senda, proibir um cientista de divulgar suas teses por meio de cartazes afixados em prédios públicos não é restringir o direito fundamental à liberdade científica, pois esta modalidade de ação pode ser substituída por outras, como a publicação das teses em revistas científicas, nos moldes tradicionais.¹⁴⁷ Semelhantemente, uma lei que proíba a realização de pinturas em cruzamento movimentado não restringe qualquer forma de ação específica protegida pelo direito fundamental de liberdade de expressão artística já que tal ação proibida não é uma ação específica, pois pode ser substituída por outra como pintar em um ateliê.¹⁴⁸

Exemplificando com a liberdade religiosa, poderia se excluir a possibilidade de realização de uma procissão em uma via de grande movimento, uma vez que a conduta pode ser realizada noutro local. Segundo Müller, essas ações se encontrariam no entorno dos respectivos direitos, mas não em seus respectivos âmbitos normativos.¹⁴⁹

Contudo, tal teoria não pode ser aceita. Os critérios de especificidade e intercambialidade se mostram inadequados para a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Divulgar teses por intermédio de cartazes não deixa de ser uma forma de expressão da liberdade científica, da mesma forma, pintar quadros em um cruzamento e realizar uma procissão em uma via de fluxo intenso de veículos não deixam de ser formas de expressão da liberdade de expressão artística e da liberdade religiosa, respectivamente.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 312.

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 88. (grifos do autor).

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 88.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 313.

¹⁴⁹ Neste sentido, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89.

Se inseridas algumas variantes, as proibições deixam de fazer sentido: I - Se o prédio público se encontra completamente abandonado e o cientista resolve dar-lhe alguma função social utilizando o espaço para divulgação de suas teses; II – Se o cruzamento viário em questão encontra-se bloqueado para o fluxo de veículos; III – Se a procissão encontra-se marcada para um dia de feriado em que sabidamente o fluxo de veículos no local em consideravelmente menor podendo perfeitamente ser desviado, ou até seguir, sem qualquer prejuízo ou risco, junto à procissão, por exemplo.

Em todas estas hipóteses não há razões que justifiquem a proibição da divulgação das teses no prédio público, da realização da pintura no cruzamento, da realização da procissão na rua. Isso demonstra que o que justifica as proibições em questão não é o fato de poderem os respectivos direitos ser exercidos de modo diverso, mas outros princípios de hierarquia constitucional que, em vista das circunstâncias do caso concreto, tenham precedência em relação aos direitos em questão.¹⁵⁰

Por isto, não é que existam “limites imanes” aos direitos fundamentais, tais limites são impostos pela necessidade de compatibilização entre as diversas normas de direitos fundamentais que enquanto princípios constantemente entram em choque com outras normas como nos casos em questão.

No caso da publicação das teses por intermédio da fixação de cartazes no prédio público pode-se fundamentar que o direito a liberdade científica encontra-se em choque com o direito ao meio ambiente dos que trabalham ou precisam acessar o prédio em questão, já que a fixação dos cartazes promoveria a poluição visual. Por sua vez, no caso da realização de pintura em um cruzamento viário a liberdade de artística encontra-se em choque com a liberdade de locomoção dos muitos usuários da via em questão, além do direito à vida e à integridade física do próprio artista que seriam colocados em risco. No caso da procissão em uma via de grande movimento, a liberdade religiosa encontra-se em choque com a liberdade de locomoção dos usuários da via, bem como com o direito à integridade física dos próprios religiosos em questão.

A teoria de Müller na verdade esconde um jogo de razões e contrarrazões que precisam ser declaradas a fim de garantir a racionalidade da argumentação jurídica.¹⁵¹ Ademais, aceitar os critérios da especificidade e cambialidade é completamente contraditório com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

¹⁵⁰ Neste sentido, confira-se ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 316.

¹⁵¹ Neste sentido, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 316.

Neste sentido, Robert Alexy comentando o caso do pintor que pinta em um cruzamento viário movimentado, quando este cruzamento não está aberto ao trânsito de veículos, assevera que:

Se também nesse caso fosse possível uma retirada do pintor do cruzamento viário, com o fundamento de que permanecer nesse local não seria específico da ação de pintar – isso é, o lugar seria intercambiável –, então, toda e qualquer ação poderia ser proibida sempre que houvesse a possibilidade de realizá-la em outro lugar, em outro horário e de outra forma. Isso significaria, retirar do titular do direito fundamental o direito de definir autonomamente a forma pela qual ele faz uso de sua liberdade fundamental. Esse direito é, no entanto, uma posição essencial de direito fundamental.¹⁵²

Aqui se vai além. O reconhecimento da validade de tais critérios para delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental entregaria ao destinatário da norma – a quem incumbe o dever fundamental de respeitar e realizar o direito fundamental – permissão para o ultraje destes direitos, visto que possibilitaria a justificativa de restrições completamente desarrazoadas e desproporcionais no simples fato de que tais direitos podem ser exercidos de outro modo, em outro horário, em outro lugar.

Além disso, o argumento da especificidade também pode ser combatido de outra forma. Assim como o relativo consenso a respeito da exclusão do âmbito de proteção do direito fundamental de determinada posição jurídica pode ser enganador quando levadas em consideração outras variantes (com o bloqueio do fluxo de carros no cruzamento geralmente movimentado no qual se pretende pintar), da mesma forma o pode ser em relação a uma posição jurídica *a priori* protegida pelo direito fundamental,¹⁵³ mas que se levadas em consideração circunstâncias do caso concreto, tal proteção não se sustenta.

Um exemplo demonstra o que se pretende provar: é consenso doutrinário que em decorrência do direito de liberdade religiosa, existe para as confissões religiosas um direito de autofinanciamento definido como um direito de “pedir e receber contribuições

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 315.

¹⁵³ Lembre-se que em uma perspectiva restrita do suporte fático dos direitos fundamentais a exclusão ou inclusão de uma ação, estado ou posição do âmbito de proteção do direito se dá de forma abstrata calcada em critério de intuição e evidência, pois apesar da norma não dizer a respeito da proibição da conduta, intui-se que ela não se encontra protegida pelo direito, geralmente pelo grau de absurdo existente nos casos utilizados para justificar a restrição do suporte fático. Neste sentido, confira-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 309 ss; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 79 ss; e PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54.

voluntárias, financeiras e de outros tipos, a particulares e instituições.”¹⁵⁴ Contudo, não se pode afirmar que esta posição está garantida em definitivo.

Para tanto é necessária a conjugação com as circunstâncias do caso concreto. Será possível justificar a proteção constitucional dessa posição quando a pessoa a quem se pede é prodiga ou quando tenha o desenvolvimento mental reduzindo ou incompleto como no caso dos menores? Não parece razoável garantir o direito de autofinanciamento nessas situações.

Essa argumentação somente é possível a partir de uma concepção ampla do suporte fático de direito fundamental, pois em uma concepção de suporte fático restrito, ou a posição jurídica – autofinanciamento – está dentro do âmbito de proteção e por isso não pode ser restringida em hipótese alguma já que não se fala em restrições, ou ela não se encontra e por isso pode ser perfeitamente “limitada” já que com isso não se limitará o direito fundamental à liberdade religiosa que não protege a referida posição jurídica.

Ademais, a proteção necessária aos direitos fundamentais¹⁵⁵ somente pode ser eficaz a partir da adoção de um suporte fático amplo em que não se exclua da proteção do direito qualquer ação, estado ou posição jurídica que tenha ainda que minimamente ligação com o “âmbito temático” do direito. Assim as restrições somente poderão ser realizadas a partir de um processo de argumentação jurídica racional e mais facilmente controlável que a exclusão *a priori*.¹⁵⁶

É justamente a perspectiva ampla do suporte fático de direitos fundamentais que se adota no presente trabalho. Então, toda e qualquer ação, estado, posição jurídica que guarde qualquer relação com um direito fundamental, é por ele protegida. Da mesma forma que qualquer ação estatal sobre ações, estados ou posições jurídicas que guardem pertinência temática com o direito fundamentam, constitui uma intervenção estatal, devendo ser constitucionalmente justificada a fim de que seja legítima e constitua uma restrição e não violação do direito fundamental em questão.

¹⁵⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

¹⁵⁵ A necessidade de reforço na proteção dos direitos fundamentais diz com a sua fundamentalidade material, tendo em vista a posição central que os direitos fundamentais ocupam no ordenamento. Nesta senda Robert Alexy assevera que: “O grau mais elevado e a maior força executória significariam muito pouco se os direitos fundamentais regulamentassem questões específicas sem importância. Exatamente o contrário é porém o caso. Com os direitos fundamentais decide-se sobre a estrutura fundamental da sociedade.” ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 129.

¹⁵⁶ Aqui se adentra na seara das restrições aos direitos fundamentais a respeito das quais também se destacam duas correntes, a teoria interna e a teoria externa que serão tratadas no terceiro capítulo momento em que serão discutidas as possibilidades de restrição da liberdade de expressão religiosa nos meios de rádio e teledefusão.

A respeito do suporte fático amplo, Felipe de Paula esclarece que:

Seu conceito-chave, em termos negativos, é a não aceitação da possibilidade das restrições *a priori* de conteúdos definitivos (limitações), ou, em termos positivos, a aceitação das restrições como necessariamente provenientes de fora, externas, inerentes à dilatação do suporte fático inicialmente considerado.¹⁵⁷

Assim, na esteira de Virgílio Afonso da Silva, havendo uma intervenção estatal sobre o âmbito de proteção do direito fundamental e não estando tal intervenção constitucionalmente justificada, preenchido estará o suporte fático do direito fundamental, e a consequência jurídica de proteção deste direito deve ser implementada.¹⁵⁸ Isto porque “a violação a um direito fundamental é sempre ilícita; é a *ingerência ilícita* no direito fundamental,”¹⁵⁹ é a intervenção não justificada constitucionalmente.

Há que se ressaltar que a adoção de um suporte fático amplo de direitos fundamentais não significa garantia ilimitada de tais direitos, lado outro, significa que não haverá exclusão *a priori* de posições jurídicas que guardem relação com o direito fundamental. Nesta senda, *a priori* estão garantidas todas as posições jurídicas que guardem relação com o direito fundamental, contudo, a proteção definitiva “somente poderá ser dada a partir de um sopesamento que leve em consideração as variáveis de uma situação concreta.”¹⁶⁰ Ou seja, há dois momentos distintos no *iter* da definição efetiva de um direito fundamental, um primeiro composto pelo que é protegido *prima facie* e um segundo com o que é protegido em definitivo.¹⁶¹

Posição diferente a respeito do suporte fático dos direitos fundamentais é a adotada por Bodo Pieroth e Bernhard Schilink para quem não se pode pressupor um suporte fático amplo ou restrito para os direitos fundamentais em abstrato, pois o alargamento ou estreitamento do âmbito de proteção (e consequentemente o

¹⁵⁷ PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

¹⁵⁸ Lembrando que Virgílio Afonso concebe dentro do suporte fático a ausência de fundamentação constitucional em alternativa ao modelo proposto por Alexy pelo qual apenas âmbito de proteção e intervenção estatal estruturam o suporte fático. Neste sentido, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89.

¹⁵⁹ PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123-124.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99.

¹⁶¹ Neste sentido, confira-se: PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

alargamento o estreitamento da noção de intervenção) somente será verificado caso a caso tendo em vista diversos fatores como o dispositivo de positivação do direito, sua história e posição sistemática. Nas palavras dos autores:

*Nenhuma presunção constitui argumento a favor do alargamento dos âmbitos de proteção. Também nenhuma presunção vem a favor do seu estreitamento. Os âmbitos de proteção de cada um dos diferentes direitos fundamentais têm de ser simplesmente determinados de maneira concreta com os meios jurídicos normais de interpretação, a partir de seu texto, da sua história, da sua gênese e da sua posição sistemática. Também o conceito de ingerência não pode ser determinado a partir de quaisquer presunções, mas sim a partir da função e do conceito de direitos fundamentais.*¹⁶²

Neste sentido, tomando-se, por exemplo, o direito de reunião há que se concebê-lo com suporte fático restrito uma vez que a Constituição em seu artigo 5º, XVI dispõe que “todos podem reunir-se *pacificamente, sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, *desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local*, sendo apenas *exigido prévio aviso* à autoridade competente.” (grifamos).

Para os autores, o âmbito de proteção deste direito somente poderá ser restrito já que o próprio dispositivo exige que a reunião seja pacífica, sem armas, não frustre outra agendada anteriormente para o mesmo local e seja previamente avisada às autoridades competentes. Então, do próprio texto que consagra o direito surgiriam os seus limites imanentes.

Acredita-se, contudo, que tal entendimento não é acertado. Ainda no caso em questão, o suporte fático do direito deve ser tomado em uma perspectiva ampla, e não se pode afirmar que o direito trás em si limites imanentes. O que ocorre em verdade é uma ponderação entre o valor liberdade de reunião e outros valores comunitários como a paz, a segurança, os interesses de terceiros que leva o Constituinte ao positivar o direito de reunião já trazer na norma os limites ao exercício do direito.

Contudo, frise-se, tais limites não são imanentes ao direito, mas surgidos após a ponderação entre a liberdade de reunião e outros valores. Então, a concepção de suporte fático amplo se mostra a mais adequada à proteção e garantia dos direitos fundamentais, sendo esta adotada no presente trabalho.

¹⁶² PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126. (Grifos no original).

Por tudo isso não se pode pretender elencar um rol de posições jurídicas protegidas pela liberdade religiosa em definitivo, somente é possível realizar um esforço no sentido de conceber um rol meramente exemplificativo de posições garantidas *a priori* e cuja garantia definitiva somente poderá ser afirmada no caso concreto diante das circunstâncias colidentes com tal proteção, que podem ou não fundamentar sua não-garantia.

Na elaboração de um rol que pretenda contemplar o conjunto de posições jurídicas protegidas pelo âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, além da necessidade de concebê-lo de forma aberta (meramente exemplificativo), deve-se salientar a existência de duas gamas de direitos. Por um lado, existem direitos que são garantidos às pessoas individualmente consideradas, contudo, também existem direitos garantidos às confissões religiosas.

A Constituição Cidadã não apresenta cláusula expressa que assegure titularidade de direitos às pessoas jurídicas ou entes coletivos, diferentemente dos diplomas constitucionais de outros países, como por exemplo, a Constituição portuguesa de 1976 que em seu artigo 12, n *2in verbis* “as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.” Contudo, isto não constitui óbice para o reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas jurídicas e entes coletivos no país.¹⁶³

Poder-se-ia indagar se o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais a entes coletivos seria uma equiparação de tais entes coletivos às pessoas singulares a quem primordialmente garantem os direitos fundamentais. Entretanto, não é isto que ocorre. Como assevera Jorge Miranda “Não se trata de uma equiparação. Pelo contrário, trata-se de uma limitação: as pessoas colectivas *só* têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm *todos* os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas colectivas ou instituições.”¹⁶⁴

Além da limitação de atribuição de direitos às pessoas jurídicas ou entes coletivos somente quando compatíveis com a sua natureza, outra limitação se impõe. Tais pessoas somente podem ter direitos que sejam condizentes com a perseguição dos

¹⁶³ Neste sentido, confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 222.

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 219. (Grifos do autor).

fins para os quais existem, ou seja, direitos adequados à sua especialidade.¹⁶⁵ Apesar de tais limitações, é clara a necessidade de garantia de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, especialmente pelo fato de que esta extensão de titularidade tem por finalidade maior a proteção dos direitos das pessoas físicas, pois, não raras vezes, é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança proteção mais eficaz às pessoas individualmente consideradas.¹⁶⁶

Isto se evidencia tomando-se em consideração o direito à liberdade religiosa cuja dimensão coletiva é inegável. Por tudo isto, defende-se que existem posições jusfundamentais protegidas pelo direito fundamental à liberdade religiosa que correspondem a direitos subjetivos das pessoas, individualmente consideradas, ao lado das quais se encontram posições jusfundamentais semelhantemente garantidas às confissões religiosas.¹⁶⁷

Realizadas essas considerações necessárias, passa-se a apresentar rol de ações, estados e posições jurídicas protegidos *prima facie* pelo direito à liberdade religiosa, ressalte que este rol não se pretende exaustivo, mas meramente exemplificativo tendo em vista que, a partir da perspectiva de suporte fático amplo adotada no presente trabalho, toda ação, estado ou posição jurídica que apresentar características as quais, ainda que isoladamente consideradas, tiverem relação com o âmbito temático da liberdade religiosa, serão protegidas por este direito.¹⁶⁸

Nesta senda, apresentam-se (I) como direito subjetivo individual decorrente da liberdade religiosa: a) A liberdade de crença que a abrange a liberdade de ter, não ter, deixar de ter e mudar de religião; b) a liberdade de atuação de acordo com a própria

¹⁶⁵ Neste sentido, confira-se MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 220.

¹⁶⁶ Neste sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 222 ss.

¹⁶⁷ Ressalte-se que o direito de liberdade religiosa e as posições jusfundamentais por ele protegidas, quando atribuídas às confissões religiosas estão a serviço do interesse religioso da pessoa individual, neste sentido: ALARCÓN, Mariano López. Contenido esencial del derecho de libertad religiosa. **Anales de derecho**. Universidad de Murcia. n. 15. p. 25-39, Murcia, 1997, p. 33.

¹⁶⁸ Esclareça-se ainda que este catálogo de posições jusfundamentais leva em consideração a permeabilidade categorial da liberdade religiosa que, na perspectiva deste trabalho encontra seu fundamento imediato na liberdade de consciência a qual além de direito matriz em relação à liberdade religiosa, serve de ponte que liga este direito a um complexo de liberdades comunicativas, conforme desenvolvido no tópico 1.2. Ademais, o elenco de ações, estados e posições jurídicas considerados como protegidos pela liberdade religiosa que se apresenta, toma por base o catálogo de posições jusfundamentais proposto por Jaime Weingartner Neto, WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72 ss., ressaltando-se que para os fins do presente trabalho trata-se apenas de posições jusfundamentais *prima facie* garantidas pelo direito à liberdade religiosa e cuja garantia em definitivo depende das circunstâncias do caso concreto, conforme o pressuposto de suporte fático amplo desenvolvido no presente trabalho.

crença – agir ou não agir de acordo com as normas da religião professada; c) liberdade de culto (incluída a inviolabilidade dos templos); d) liberdade de buscar novos adeptos para a crença que se professa; e) liberdade de exprimir e divulgar livremente o pensamento em matéria religiosa; f) liberdade de informação a respeito da religião; g) liberdade de produção de obras a respeito da religião; h) liberdade de ensino religioso; i) liberdade de cátedra religiosa; j) liberdade de reunião, associação e manifestação com outros de acordo com as convicções religiosas; k) direito à privacidade religiosa; l) direito à objeção de consciência por motivo relacionado à religião; m) direito à assistência religiosa em situações especiais, dentre outros.

Por sua vez, apresentam-se (II) como direitos reconhecidos às confissões religiosas: a) direito de autocompreensão ou autodefinição relativo à identidade religiosa; b) direito de auto-organização e auto-administração que lhes possibilita dispor a respeito de seus órgãos, membros, representantes, etc.; c) direito de autodissolução; d) direito de praticar atos de culto privado ou público; e) direito de construir ou adquirir edifícios com a finalidade de realização das atividades religiosas; f) direito de ensinar a confissão professar e divulgá-la em busca de novos adeptos; g) direito de comunicação em matéria religiosa e de culto; h) direito de autofinanciamento e gestão dos recursos obedecida à finalidade da confissão religiosa; i) direito de utilização dos meios de comunicação social próprios com o intuito de realização de suas atividades; etc.

Neste diapasão, a liberdade de expressão religiosa surge como posição jusfundamental protegida, sendo garantida tanto às pessoas individualmente consideradas, quanto às confissões religiosas. Tal liberdade de expressão é fundamental para assegurar o exercício da liberdade religiosa que inclui, entre outras, as possibilidades de buscar novos adeptos para religião (proselitismo), de exprimir e divulgar o pensamento em matéria religiosa e de culto, de informar e ser informado a respeito da religião.

Por isto, não raras vezes, as confissões religiosas utilizarão os meios de comunicação social para o exercício de sua liberdade religiosa que, ao menos *prima facie*, garante todas essas posições jusfundamentais acima mencionadas. Então, investiga-se quando, como e em quais circunstâncias essa liberdade de expressão religiosa poderá ser restringida.

Concebida a liberdade religiosa como direito fundamental e vista algumas ações, estados, posições jurídicas que defluem *prima facie* desse direito, necessário é dedicar algumas linhas ao ambiente institucional necessário à garantia deste direito.

Nesta senda, entende-se que a liberdade religiosa somente pode se respeitada em um ambiente de neutralidade religiosa do Estado, como será visto nas linhas que seguem.

1.4 A liberdade religiosa como vetor objetivo: A neutralidade religiosa do Estado como necessidade da garantia do direito à liberdade religiosa

Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, por um lado, geram direitos subjetivos para os seus titulares, que consistem justamente no conjunto das posições jusfundamentais asseguradas pelo seu âmbito de proteção. Em uma perspectiva objetiva, os direitos fundamentais além de expressarem uma ordem de valores fundamentais objetivos, impõem efeitos jurídicos autônomos, distintos da sua perspectiva subjetiva.¹⁶⁹

A liberdade religiosa, numa perspectiva subjetiva, gera para os seus titulares, que, como visto, são tanto pessoas individualmente consideradas, quanto confissões religiosas, uma gama de posições jusfundamentais protegidas pelo âmbito de proteção deste direito e que serão violadas sempre que houver uma intervenção desacompanhada de uma justificativa constitucional.

A seu turno, como vetor objetivo, a liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade religiosa, condição indispensável ao exercício deste direito.¹⁷⁰ A existência desta neutralidade será verificada a partir da visualização das diversas formas pelas quais pode se dar a relação do Estado e as confissões religiosas. A partir de tal análise restará clarividente a necessidade de neutralidade religiosa para se garantir a liberdade religiosa e a própria subsistência do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, convêm dedicar algumas linhas ao modo pelo qual pode se dar a relação entre o Estado e as confissões religiosas. Uma primeira postura que o Estado pode tomar é a de identificação, nestes casos a comunidade política e a comunidade religiosa constituem um único objeto. Os exemplos históricos dessas relações nos mostram que há uma dupla tendência: pode ocorrer tanto um domínio do poder religioso

¹⁶⁹ A respeito dos deveres estatais impostos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e imprescindíveis à garantia dos direitos subjetivos decorrentes destes direitos, confira-se SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 144-145.

¹⁷⁰ A neutralidade religiosa do Estado é apenas um dos efeitos da liberdade religiosa como vetor objetivo, nesta senda, Jayme Weingartner Neto apresenta uma série de princípios, deveres de proteção e garantias institucionais semelhantemente decorrentes da liberdade religiosa WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75-77.

sobre o poder político, *teocracia*,¹⁷¹ quanto um domínio do poder político sobre o poder religioso, *cesaropapismo*.¹⁷²

Esse modelo de relação entre Estado e confissões religiosas obviamente se mostra contraditório tanto em relação à liberdade religiosa (visto que o Estado não somente tem uma religião oficial, mas é a própria igreja!) quanto em relação ao pleno desenvolvimento de um ambiente democrático e de uma cultura de direitos fundamentais que, como visto alhures, servem justamente como mecanismos de proteção contra a maioria, inclusive religiosa.¹⁷³

Postura diametralmente oposta é a de oposição do Estado à religião. Essa oposição pode ser relativa configurando-se o Estado laicista, ou pode ser absoluta, caracterizando o Estado ateu (ou de confessionalidade negativa).¹⁷⁴ A oposição do Estado às confissões religiosas é fenômeno relativamente recente, visto que relacionado ao totalitarismo moderno (nacional-socialista e marxista-leninistas). Neste quadro, a liberdade religiosa também não pode ser garantida sendo apenas tolerada (oposição relativa) quando não pode ser destruída (oposição absoluta).¹⁷⁵

No ambiente de um Estado que se pretende total sendo o único apto a conformar a sociedade, não há espaço para a religião que, fatalmente, se reduz à

¹⁷¹ “*Identificação*, sob a forma de teocracia, encontrava-se na antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados. Também a doutrina dos dois gládios de alguns Papas da Idade Média, do tempo da *Respublica Christiana*, levava ao ascendente do poder espiritual sobre o temporal, ainda que tivesse defrontado sempre resistências dos reis e do imperador do Sacro Império Romano-Germânico” (grifos do autor). MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 107 – 108.

¹⁷² A identificação sob forma de cesaropapismo pode ocorrer em diferentes momentos históricos como no início do império romano, momento em que os imperadores eram ao mesmo tempo autoridades religiosas e sumo sacerdotes. Também se pode destacar a configuração do cesaropapismo em diversos estados protestantes, como na Inglaterra de Henrique VIII que rompeu com a autoridade papal promovendo a dissolução de mosteiros e se denominando a autoridade suprema, tornou o chefe supremo da igreja anglicana. MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 109.

¹⁷³ Neste sentido, Jorge Miranda pondera que “A liberdade religiosa está no cerne da problemática dos direitos fundamentais, mas é, como se sabe – talvez por isso mesmo – uma aquisição recente, e ainda desconhecida ou negada em numerosos países. Não existiu nas teocracias ocidentais e nas Cidades-Estados da antiguidade clássica, nem pode existir em certos Estados islâmicos da actualidade; assim como não poderia coadunar-se com o cesaropapismo bizantino.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

¹⁷⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

¹⁷⁵ Neste sentido é a lição de Jorge Miranda: “[...] Muito menos garantem a liberdade religiosa os regimes totalitários e a maior parte dos regimes totalitários contemporâneos, sejam quais forem as suas inspirações; toleram-na, quando a não podem destruir” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

clandestinidade.¹⁷⁶ Semelhantemente, esse tipo de relação entre o Estado e a Religião não somente é nocivo à democracia e aos direitos fundamentais dentre os quais se destaca a liberdade religiosa, como inviabiliza a existência de ambos.

A terceira relação possível entre o Estado e as confissões religiosas é a de não-identificação (conhecido como Estado laico). Contudo, há que se ter presente que mesmo a não-identificação pode assumir feições distintas. Apesar de não haver identificação pode ocorrer uma união entre o Estado e igreja, e neste caso tanto pode haver uma autonomia relativa entre ambas, como pode ocorrer a ascendência de um dos poderes sobre o outro.¹⁷⁷

Havendo união com ascendência do poder religioso sobre o poder político, resta configurado o clericalismo,¹⁷⁸ lado outro, caso o poder ascendente seja o poder político, configurado estará o regalismo, regime que historicamente prevaleceu quando houve união entre o poder político e o poder religioso.¹⁷⁹

A não-identificação também pode ocorrer com separação do Estado em relação às confissões religiosas, todavia, essa separação pode se dar de forma relativa (onde se vislumbram tratamento especial ou privilégios concedidos pelo Estado a alguma religião) ou de forma absoluta na qual o tratamento dispensado às diversas religiões é idêntico.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Neste sentido Paulo PulidoAdragão pondera que: “o século XX foi também o século dos totalitarismos, que se caracterizaram, nas relações Igreja-Estado, pelo modelo da oposição absoluta do Estado à religião. Designam-se por totalitários os sistemas jurídico-constitucionais caracterizados por uma ideologia oficial que não reconhece validade ao pluralismo e abrange todos os aspectos da vida do homem, sem distinguir sociedade civil e Estado. Por isso, não se podem permitir o reconhecimento de qualquer espaço de liberdades fundamentais – também no âmbito da religião – fora do seu controlo. Aqui se compreendem, como se sabe, quer os sistemas constitucionais de matriz soviética, de que ainda existem alguns exemplos, quer os sistemas históricos do fascismo italiano e do nacional socialismo alemão.” ADragão, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 84 – 85.

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 407.

¹⁷⁸ A esse respeito Jorge Miranda assevera que: “clericalismo não houve verdadeiramente na Europa, mas nele poderiam talvez integrar-se as *reduções* jesuítas construídas em certas áreas da América, incluindo parte do que é hoje o Rio Grande do Sul. Aliás, um dos motivos invocados pelo Marquês de Pombal contra os jesuítas era considerá-los inimigos da autoridade real.” (grifos do autor) MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 110.

¹⁷⁹ Mais uma vez a lição de Jorge Miranda se mostra oportuna esclarecendo que “*No regime de união, prevaleceu historicamente a tendência para o realismo* resquício ou continuador do cesaropapismo. Com formas ora mais moderadas, ora mais acentuadas, traduzia-se na intervenção dos Estados na vida interna das Igrejas, em especial na designação dos bispos e no provimento dos ofícios eclesiásticos.” (grifos do autor) MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 110.

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 406.

Há quem defenda que o constitucionalismo pátrio assume um modelo de não-identificação do Estado com qualquer confissão religiosa (Estado laico), mas com separação relativa. Neste sentido Daniel Sarmiento pondera: “não me parece possível, à luz da Constituição de 1988 e de certas características de nosso Estado, que é um Estado do bem-estar social, um modelo de laicidade como aquele da muralha que separa Religião e Estado.”¹⁸¹

Esse modelo em que há a não-identificação do Estado com as confissões religiosas é o modelo de Estado Laico. A laicidade impõe ao Estado a obrigação de se manter neutro em termos religiosos o que não significa assumir uma posição de negação da existência de Deus, vez que esta é justamente uma posição concernente ao debate religioso,¹⁸² mas de agir de forma com que suas ações, meios e fins não invadam o terreno confessional.¹⁸³

Nesta senda, a laicidade do Estado se diferencia do laicismo, enquanto aquela “significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos,”¹⁸⁴ este representa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária descambiando inclusive para o enfraquecimento do próprio princípio da laicidade.¹⁸⁵

A laicidade é um objetivo sadio que deve ser perseguido pelo Estado Constitucional, ao passo que o laicismo deve ser por ele combatido. Enquanto ela se mostra um conceito pacífico ele é um conceito beligerante, aquela é princípio inspirador do diálogo, ao passo que este é um fator que promove a aceleração do desacordo, ela promove o pluralismo, ele promove a imposição de uma única ideia. Nos dizeres de

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. Consciências Privadas e Razões Públicas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

¹⁸² Há que se ressaltar que “Laicidade do Estado não é hostilidade estatal em relação à religião. Isso não é laicidade do Estado. O Estado que é hostil em relação à religião não é neutro, ele está tomando partido. Isso não é laicidade do Estado. Nem em relação a religiões majoritárias, como hoje acontece, por exemplo, na Turquia, onde, em nome da laicidade do Estado, a religião majoritária, a religião islâmica é muitas vezes reprimida, ate mesmo pelo Poder Judiciário.” SARMENTO, Daniel. Consciências Privadas e Razões Públicas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

¹⁸³ ALARCÓN, Mariano López. Contenido esencial del derecho de libertad religiosa. **Anales de derecho. Universidad de Murcia**. n. 15. p. 25-39, Murcia, 1997, p. 35.

¹⁸⁴ MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.

¹⁸⁵ A este respeito confira-se: MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.

María Blanco: “a laicidade embasa múltiplas convicções, o laicismo monopoliza a sociedade sem Deus.”¹⁸⁶

É importante frisar que o princípio do Estado laico não possui apenas um caráter negativo, no sentido de abstenção estatal em relação às questões afetas à religião, mas também possui um conteúdo positivo que carrega como corolários o respeito, a autonomia e a cooperação que devem existir entre Estado e Igreja, comunidade civil e comunidade religiosa.¹⁸⁷

Ressalte-se ainda que separação entre Estado e Religião não determina o desconhecimento ou negligência da realidade social e cultural religiosa. Semelhantemente, não tem o condão de afastar as confissões religiosas da esfera pública e trancafiá-las na esfera privada.¹⁸⁸ Não é razoável deduzir do princípio da separação entre Estado e Igreja, a separação entre igreja e vida pública. A laicidade estatal está longe de decretar o confinamento da religião ao âmbito privado ou à consciência individual.¹⁸⁹

Tratando sobre a matéria, Jónatas Machado pondera que:

O princípio da neutralidade religiosa e ideológica do Estado é incompatível com a consideração da religião unicamente como um fenômeno irracional, privado, individual, íntimo, ultrapassado, estranho e extrassocial. Muito menos será compatível com qualquer estratégia deliberada de remoção da religião da esfera do discurso público.¹⁹⁰

Dessa feita, pode-se afirmar que o Estado de Direito somente poderá se desenvolver em um ambiente laico, vez que somente uma relação de separação entre o Estado e as confissões religiosas, poderá garantir o respeito e a autonomia destas,

¹⁸⁶ BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. **Revista Persona y Derecho**. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009, p. 204. (tradução livre).

¹⁸⁷ Neste sentido, confira-se: BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. **Revista Persona y Derecho** vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009, p. 201.

¹⁸⁸ Neste sentido, Jorge Miranda assevera que “Separação não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relegar as confissões religiosas para a esfera privada. A existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou secundarizada e nada impede mesmo que se firmem laços de cooperação delas com o Estado em diversos domínios.” MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.

¹⁸⁹ Neste sentido, confira-se: BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. **Revista Persona y Derecho**. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009, p. 200.

¹⁹⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa** entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152-153.

assegurando-se assim o direito fundamental à liberdade religiosa a todos, ainda que pertencentes a uma religião pouco popular.

Neste diapasão, destaca-se o papel contramajoritário deste direito que, como lembra Herbert Schambeck, deve ter em conta não só os crentes senão também os não crentes, que são a minoria na Grécia (dominantemente ortodoxa) representando 0,75% da população e a maioria na República Tcheca representando 76% de uma nação que já foi preponderantemente católica.¹⁹¹

Entretanto, há que se ter presente que parece não ser possível uma neutralidade absoluta entre o Estado e as confissões religiosas¹⁹², visto que a liberdade religiosa, como qualquer outro direito fundamental, está passível de ser restringida em prol de outros direitos fundamentais. Essa necessidade de restrição pode ser visualizada por intermédio de um exemplo extremo tal como o de uma religião cujo culto envolva o sacrifício humano. Obviamente que tal culto não poderia ser suportado no Estado Constitucional, ainda que sob a justificativa de uma liberdade religiosa e de uma concepção de Estado laico.

Ademais, há que se ponderar que o Estado Constitucional não poderá se manter eticamente neutro, pois ao positivar e defender uma gama de valores, toma partido então pelos tais valores e princípios que são a sua própria razão de ser.¹⁹³ Nesta quadra, há quem defenda que, do mesmo modo que não é possível ao Estado se manter eticamente neutro, também não é possível a ele permanecer religiosamente neutro, isto porque os valores e princípios estruturantes do Estado de Direito somente poderiam ser deduzidos

¹⁹¹ SHAMBECK, Herbert. La libertad religiosa y el pluralismo de nuestro tiempo. **Revista Persona y Derecho**. vol. 65, p. 159-167. Navarra, 2012, p. 164.

¹⁹² Neste sentido, pondera-se que “O facto de o Estado constitucional assentar em determinados valores fundamentais impossibilita que se possa falar de uma verdadeira *neutralidade ética*. Por outro lado, o facto de estes valores não se poderem deduzir, em igual medida, das diferentes visões religiosas e não religiosas de mundo coloca limites importantes à neutralidade religiosa e *mundividencial* do Estado.” (grifos do autor). MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 124.

¹⁹³ Neste sentido: “Intimamente relacionada com a orientação anterior encontra-se a doutrina segundo a qual o Estado Constitucional não pode ser absolutamente neutro, do ponto de vista ético e religioso, já que isso seria expressão de *um constitucionalismo contraditório* porque conduziria à negação dos seus próprios valores. De acordo com esse entendimento, o Estado Constitucional não pode pretender ser *eticamente neutro*, na medida em que os valores da dignidade, igualdade, liberdade, responsabilidade, democracia, separação de poderes, verdade, racionalidade, justiça e solidariedade são valores positivos, no sentido de que supõem uma tomada de posição moral e ética” (grifos do autor). MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 137.

racionalmente a partir da veracidade de determinadas premissas teístas e de uma visão teísta de mundo.¹⁹⁴

Apesar da provável polêmica que uma afirmação como esta possa gerar, não se pode negar as contribuições do pensamento religioso para a formação de valores e princípios que fundamentam o Estado Constitucional. Neste sentido, Georg Jellinek lembra que a ideia de direitos originários dos indivíduo é destacada de forma mais veemente a partir do pensamento religioso, nas palavras do autor “También el derecho originario del individuo se acentuó por primera vez, de una manera clara y enérgica, en esta época, sobre la base de las doctrinas religiosas. La propiedad y la libertad pertenecen a todos los hijos de Adán”.¹⁹⁵

Por tudo isso, a laicidade do Estado (sua separação das confissões religiosas) não pode ter como consequência uma neutralidade absoluta em termos religiosos. A neutralidade possível somente poderá ser uma neutralidade relativa traduzida na garantia institucional da existência da liberdade de consciência, de religião e de expressão e discurso religioso.¹⁹⁶ Essa liberdade, como dito, não poderá ser absoluta e deverá ser restringida sempre que descambar para a ofensa a outros direitos fundamentais ou ataques aos princípios estruturantes do próprio Estado Constitucional.

Lado outro, há quem considere que uma total liberdade religiosa somente poderá ser alcançada em um Estado absolutamente laico sem qualquer intromissão nas escolhas pessoais dos indivíduos em matéria religiosa, não obstante reconhecerem tanto

¹⁹⁴ “A defesa da primazia dos valores do Estado Constitucional só é possível a partir de uma visão teísta do mundo e da vida que corresponda, no essencial, à matriz judaico-cristã. A defesa de direitos humanos fundamentais diante do poder político autocrático e democrático só é possível mediante o reconhecimento da sua origem transcendente; uma concepção naturalista e ateuista do mundo, assente em milhões de anos de processos físicos amorais de crueldade predatória, dor, sofrimento e morte, não consegue identificar os valores que devem reger uma comunidade política, nem justificar racionalmente a sua primazia normativa e universalidade.” MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 123.

¹⁹⁵ JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. México: UNAM, 2003, p. 117.

¹⁹⁶ “Em nosso entender, existe lugar para uma margem razoável de neutralidade religiosa e ideológica do Estado, mesmo dando como adquiridas as premissas teístas do Estado Constitucional. Uma vez que é dado lógico e racional que este não pode subsistir sem aquelas, essa neutralidade tem que ser entendida em termos relativos, enquanto garantia institucional da existência de liberdade de consciência de religião e de uma esfera de discurso público em que o fundamento, o sentido e as implicações dessas premissas podem ser sujeitas a exame crítico permanente. MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 124 -125.

a dificuldade de se alcançar uma ausência completa de liberdade religiosa, como uma liberdade absoluta.¹⁹⁷

Há quem considere que a liberdade religiosa somente pode ser desenvolver em um ambiente agnóstico, único capaz de garantir a tolerância necessária à convivência harmoniosa dos credos religiosos.¹⁹⁸ Lado outro, há quem defenda que “neutro não é o Estado ser ateu ou agnóstico, porque essas são posições do debate religioso”.¹⁹⁹

Percebe-se que não obstante algumas divergências doutrinárias, as opiniões convergem no sentido de que a neutralidade religiosa (e o que muda é justamente a compreensão de como se dá essa neutralidade) é condição essencial à garantia genuína da liberdade religiosa, sendo que tal direito somente pode ser garantido em um Estado que se abstém de tomar posição no campo religioso.

Ainda em relação à laicidade estatal, interessante a relação entre o regime político e a associação entre o Estado e o Poder Religioso. Nesta senda, Michelangelo Bovero destaca a dimensão formal da democracia para fundamentar a impossibilidade da adoção de credos ou religião por qualquer democracia, vez que tal dimensão formal deve possibilitar um fluxo contínuo de conteúdos, bem como a alteração de valores e de ideologias.²⁰⁰

A democracia encontra-se estruturada com o Estado laico, pois o Estado laico é incompatível com a adoção de dogmas oficiais, ou paralelos ao oficial. Por sua vez, a democracia se caracteriza pela possibilidade de dissensos e da coexistência de visões de mundo e valores, os quais não poderão ser elevados ao patamar de conteúdo único do Estado sob pena de desconfigurá-lo enquanto Estado democrático.²⁰¹

Neste sentido, Jürgen Habermas assevera que, não obstante não seja possível manter em termos históricos a tese de Jellinek de que o gênesis dos direitos humanos pode ser reconduzido ao reconhecimento da liberdade religiosa, inegavelmente existe um “*nexo conceitual*” entre a fundamentação universalista do direito de liberdade

¹⁹⁷ BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtercides. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. **Revista brasileira de estudos políticos**. n. 107, p. 227-265. Belo Horizonte, 2013. p. 236 -237.

¹⁹⁸ BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtercides. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. **Revista brasileira de estudos políticos**. n. 107, p. 227-265. Belo Horizonte, 2013, p. 239-240.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Consciências Privadas e Razões Públicas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

²⁰⁰ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 45 e ss.

²⁰¹ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 48.

religiosa e o fundamento normativo de um Estado Constitucional, que se caracteriza pela união entre democracia e reconhecimento de direitos humanos.²⁰²

Então, é possível diferenciar a democracia da autocracia, entre outros aspectos, pelo fato de que, enquanto esta pode ser laica ou não, já que pode se manter sem a adoção de uma religião oficial ou patrocinada pelo Estado, a democracia somente pode ser laica, já que não se compatibiliza com a adoção de um dogma religioso oficial.²⁰³

Neste diapasão, traz-se a baila a lição de Alexandre Walmott Borges e Rubens Valtercides, para quem:

O princípio democrático está associado ao Estado laico em conexão que não pode sofrer ruptura. As características básicas do Estado democrático vão se alinhando em relação de indissociabilidade à laicidade. Primeiro, a característica formal da democracia, já que a democracia é regime formal e é incompatível com a adoção de um dogma ou verdade religiosa única – um único conteúdo. Segundo, a característica da laicização e da tolerância, já que não há conteúdo único ou absoluto. O Estado democrático é laico e aceita a convivência de vários conteúdos, com a tolerância como a expressão prática do Estado laico, facultando-se a adoção e a expressão de qualquer culto, dogma ou religião. Terceiro, a característica do agnosticismo e do relativismo já que o Estado democrático sempre considera valores, expressões religiosas, religiões e credos como um entre tantos. O agnosticismo não permite ao Estado democrático patrocinar ou compreender um culto ou religião como superior, melhor ou absoluto.²⁰⁴

O próprio histórico do constitucionalismo brasileiro é exemplo histórico de que a autocracia pode assumir uma feição laica ou dogmática, uma vez que a Constituição imperial de 1824 adota um modelo de associação entre o Estado e a igreja ao dispor em seu artigo 179, V que “ninguém póde ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública”.²⁰⁵ A seu turno, as

²⁰² HABERMAS, Jürgen. De la tolerancia religiosa a los derechos culturales. **Claves de razón práctica**. nº. 129, p 4-13, Madrid, 2003, p. 5.

²⁰³ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 45.

²⁰⁴ BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtercides. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. **Revista brasileira de estudos políticos**. n. 107, p. 227-265. Belo Horizonte, 2013, p. 240.

²⁰⁵ Neste diapasão, há quem defenda que essa forma associativa teve como finalidade a manutenção da unidade territorial no incipiente Estado brasileiro surgido em 1824, confira-se: BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Capanelli. O Estado laico e a associação entre Igreja e Estado na experiência constitucional brasileira: normas de tutela da unidade territorial nos regimes imperial e republicano. In: _____; R. FILHO, Ilton Norberto; MARRAFON, Marco Aurélio. (org.). **XXI Congresso Nacional do CONPEDI: Teoria e História do Direito Constitucional**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. -.

Constituições republicanas autoritárias militares (1891 e 1967) e da Era Vargas (1934 e 1937) adotaram formas de dissociação.

Por sua vez, as Constituições democráticas, e não poderia ser de modo diverso, adotaram modelo de dissociação entre o Estado e as confissões religiosas, tal como se depreende da regra do artigo 19, I da Constituição Federal de 1988, que apresenta redação quase idêntica a do artigo 31, II e III da Constituição de 1946.²⁰⁶

Acertadas essas premissas, é possível afirmar que a genuína liberdade religiosa somente está presente onde se percebe a separação entre o Estado e as confissões religiosas, condição necessária também à configuração da democracia. Nesta senda, John Rawls leciona que em uma ambiente de uma única doutrina, de uma única moral, de uma única religião, o uso do poder estatal de forma opressiva seria inevitável, justamente para garantia desta unidade.²⁰⁷ Somente assim as religiões poderão livremente disputar os fiéis no “mercado das religiões” e estes poderão escolher qual aderir ou não²⁰⁸ (ressalte-se que a liberdade religiosa possibilita ao indivíduo adotar uma posição de indiferença ou até oposição à religião, a escolha é uma, entre outras, faculdades).

Nesta senda, faz-se necessário voltar a atenção ao direito constitucional positivo para verificar a relação entre Estado e confissões religiosas, analisando em que ambiente a liberdade religiosa, que como visto é um direito fundamental, é assegurada.

A leitura da Carta Constitucional aponta para uma forma de dissociação do Estado e da Religião em nosso país. A Carta Magna em seu artigo 19, I, proíbe a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los ou embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

A Lei Maior determina então a laicidade do Estado brasileiro, contudo, a não identificação prevista pela Constituição estabelece a separação do Estado e das

²⁰⁶ “Art. 31 -A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: [...] II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício; III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo; [...]”

²⁰⁷ RAWLS, JOHN. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 81.

²⁰⁸ Neste sentido, Miguel Carbonell discutindo a liberdade religiosa assevera que: “É importante destacar o duplo caráter, uma vez individual e coletivo, do tema que nos ocupa; individualidade e coletividade como características que se interpenetram e são mutuamente dependentes, já que não seria possível entender a individual liberdade de eleger uma crença religiosa, sem que exista a coletiva decisão de manter separado o poder religioso do poder político.” (Tradução livre) CARBONELL, Miguel. De la libertad de conciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 119.

confissões religiosas, mas, utilizando o esquema proposto por Jorge Miranda²⁰⁹, sente-se que essa separação não se dá em termos absolutos, mas, relativos.

Não obstante, essa separação em termos relativos,²¹⁰ concebe-se que a liberdade religiosa, não resta comprometida em nosso país por isto. Neste diapasão, ressalte-se o compromisso estatal com a garantia da liberdade religiosa, possibilitando a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva²¹¹ (artigo 5º, VI, CF); a vedação de instituição de impostos sobre templos de qualquer culto (artigo, 150, VI, b, CF) o fornecimento do ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas de ensino fundamental (artigo 210, §1º, CF).²¹²

A neutralidade religiosa é garantida com a presença de três princípios: o princípio da separação, o princípio da não-confessionalidade e o princípio da tolerância. Pelo princípio da separação, as igrejas e confissões religiosas encontram-se separadas da estrutura e da organização político-administrativa do Estado. Disto decorre a sua

²⁰⁹ MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 107.

²¹⁰ Aqui compartilha-se o entendimento esboçado por SARMENTO, Daniel. Consciências Privadas e Razões Públicas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 50, da impossibilidade separação absoluta entre o Estado brasileiro e qualquer confissão religiosa, sobremaneira tento em vista o viés cultural da religião e, nesta senda, o papel histórico desempenhado pelo catolicismo na sociedade brasileira, que inclusive figurou como elemento de coesão social na no quadro de instabilidade da unidade territorial e nacional do império brasileiro que nascia em 1824.

²¹¹ Há que se ter presente que a prestação de assistência religiosa não compromete a neutralidade estatal, pois não se confunde com a assistência espiritual, que se prestada pelo Estado comprometeria sua neutralidade. A este respeito, Cristóbal Orrego Sánchez e Javier Saldaña Serrano, com muita lucidez, promovem a diferenciação entre as duas formas de assistência. Neste sentido, ponderam que: “Nótese que estamos hablando de dos cosas diferentes: por una parte de una ‘asistencia espiritual’ y por la otra de una ‘asistencia religiosa’. En la primera, las relaciones de asistencia se establecen entre el fiel y su confesión, generalmente a través de sus ministros. En la segunda, el sujeto obligado es el Estado, pues éste debe crear y facilitar las condiciones para hacer factible la realización de la asistencia espiritual. Ambas relaciones son distintas, unas son relaciones de carácter jurídico y las otras no.” SÁNCHEZ, Cristóbal Orrego; SERRANO, Javier Saldaña. Extensiones del derecho fundamental de libertad religiosa. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 6. p. 107-134. México, 2002, p. 122. Forçoso esclarecer ainda que o ensino religioso se diferencia da educação religiosa, enquanto esta deve ficar adstrita ao âmbito familiar e da igreja, aquele pode ser ministrado nas escolas, inclusive por professores que não tenham nenhum compromisso religioso. Neste sentido, confira-se: GARCIA, Maria. A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 247 e ss.

²¹² Ressalte-se que o ensino religioso de matrícula facultativa pode consubstanciar-se tanto como um direito derivado do direito dos pais de educarem os filhos conforme suas convicções religiosas, quanto como um direito de centros educativos privados de adotar um ideário religioso, e fornecer, obviamente de forma facultativa (eficácia horizontal da liberdade religiosa) ensino religioso aqueles que buscam seus serviços. Neste sentido, confira-se SÁNCHEZ, Cristóbal Orrego; SERRANO, Javier Saldaña. Extensiones del derecho fundamental de libertad religiosa. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 6. p. 107-134. México, 2002, p. 110 a 120.

liberdade no que tange sua organização, numa perspectiva subjetiva, o seu direito de autocompreensão e auto-organização, e ao exercício de suas funções de culto.²¹³

Por sua vez, o princípio da não-confessionalidade impede o Estado de adotar uma religião, de se pronunciar a respeito de questões religiosas, de subvencionar, embaraçar o funcionamento ou manter com as confissões religiosas relação de dependência ou aliança.²¹⁴ A seu turno, o princípio da tolerância acarreta para o Estado um dever de tolerância em relação às confissões religiosas, enquanto estas exercitem a liberdade religiosa dentro dos limites impostos pelos princípios e valores coletivos do Estado Constitucional.²¹⁵

A respeito da tolerância Miguel Carbonell propõe um simplificado recorte histórico de sua evolução. Em um primeiro momento, a tolerância representa apenas a separação entre igreja e Estado; Em uma segunda estação, ocorre a paridade de tratamento dispensado pelo Estado às confissões religiosas, de modo que se soma à proibição de estabelecimento de uma religião oficial e a proibição de tratamento que beneficie em particular determinada confissão; no terceiro estágio, a tolerância estaria marcada concretamente pela liberdade religiosa com as implicações acima expostas.²¹⁶

Então, atualmente a tolerância não pode ser tomada como uma faculdade do Estado, que tolera algo, mas que poderia deixar de fazê-lo, mas como um dever imposto ao Estado pelo direito fundamental à liberdade religiosa que apresenta a tolerância como um valor objetivo.

Como dito, a separação entre o Estado brasileiro e as confissões religiosas não se dá de forma absoluta, isto em decorrência da existência de dois princípios: o da cooperação e o da solidariedade.²¹⁷ O princípio da cooperação traduz a expressão

²¹³ Neste sentido, confira-se: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

²¹⁴ Neste sentido, confira-se: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

²¹⁵ Aqui referiu-se o princípio da tolerância como decorrente da neutralidade estatal em matéria religiosa a qual não somente é condição necessária à garantia do direito de liberdade religiosa, como também da própria existência de um Estado Democrático de Direito. Nesta senda, interessante é a posição de Jürgen Habermas para quem a luta por tolerância religiosa foi uma força motriz do surgimento do Estado Constitucional democrático e continua a estimulá-lo ainda hoje. HABERMAS, Jürgen. De la tolerancia religiosa a los derechos culturales. **Claves de razón práctica**. nº. 129, p 4-13, Madrid, 2003, p. 6.

²¹⁶ CARBONELL, Miguel. De la libertad de consciencia a la libertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003, p. 117.

²¹⁷ María José Carazo Liébana esclarece que em sua vertente objetiva a liberdade religiosa impõe aos poderes públicos o dever de neutralidade ideológica e religiosa, contudo, este dever não poderá ser oposto a uma relação de cooperação entre os poderes públicos e as igrejas, confissões e comunidades religiosas. Nesta senda, confira-se LIBÉBANA, María José Carazo. El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental. **Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política**. n. 14, p. 43-74. Madri, 2011, p.43.

“colaboração de interesse público” do final do artigo 19, I da Constituição Federal. Por este princípio, o Estado deverá cooperar com as confissões religiosas para a promoção dos direitos decorrentes da liberdade religiosa.²¹⁸

Por sua vez, o princípio da solidariedade é verificado pelo dever constitucional de fomentar as atividades educativas e assistências das confissões religiosas, por intermédio da limitação constitucional ao poder de tributação verificado no artigo 150, VI, b e c, da Constituição Federal que vedam a instituição de impostos sobre os templos de qualquer culto e sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições de ensino e de assistência social que também podem ser instituídas pelas confissões religiosas.²¹⁹

Delimitada a liberdade religiosa enquanto direito fundamental, do qual decorre o direito à liberdade de expressão religiosa como direito não só do indivíduo, mas das confissões religiosas; visto ainda que como vetor objetivo do ordenamento, a liberdade religiosa impõe ao Estado do dever de se manter neutro em matéria religiosa e separado das confissões religiosas, passa-se a tratar de um dos ambientes dentro do qual tal liberdade poderá ser exercida, qual seja: o âmbito da comunicação social.

²¹⁸ Neste sentido, confira-se: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

²¹⁹ Neste sentido, confira-se: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76.

2 RÁDIO E TELEDIFUSÃO COMO INSTRUMENTOS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA

O presente capítulo tem por objetivo a análise da rádio e teledifusão como instrumentos de realização do direito à liberdade de expressão, inclusa a liberdade de expressão religiosa. Portanto, primeiramente faz-se mister dedicar algumas linhas ao direito de liberdade de expressão.

Para alcançar o objetivo proposto, o capítulo encontra-se fragmentado em quatro partes: na primeira, promove-se uma contextualização histórica do direito à liberdade de expressão (dentro do qual se encontra o direito à comunicação social) no constitucionalismo brasileiro; na segunda, a semelhança do que fora realizado com o direito à liberdade religiosa, dedica-se a justificar a fundamentalidade formal e material do direito à liberdade de expressão; na terceira, vislumbram-se as dimensões da liberdade de expressão, direito mãe das liberdades comunicativas; na quarta, verificam-se os principais meios para o exercício das liberdades comunicativas, justificando-se os meios escolhidos (radio e teledifusão) para a análise dos limites à liberdade de expressão religiosa.

2. 1 Contextualização no direito positivo: breve histórico do reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental no Brasil

A liberdade de expressão em sua gênese era relacionada à proteção da honra do Estado, da Igreja e dos indivíduos. Neste sentido, há quem defenda que a história da liberdade de opinião se confunde com a história da defesa da honra do poder religioso, ou político, bem como da defesa da reputação das pessoas frente a uma ofensa.²²⁰

O avançar da história mostra que o processo de democratização do Estado e o desenvolvimento da tolerância religiosa, fizeram com que a honra do Estado perdesse o caráter pessoal e ganhasse um caráter institucional. Assim, o Estado deixou de combater

²²⁰ Neste sentido, confira-se MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. Introducción histórica a las libertades de información y expresión. **La libertad de información y de expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 13.

os ataques a sua honra, considerada como honra pessoal, passando a coibir as manifestações que representem ataques aos seus fundamentos de legitimidade.²²¹

A liberdade de expressão seguramente é um dos direitos mais caros ao homem que, como dizia Aristóteles desde a antiguidade, é um *Zoon Politikon* (animal político), tendo a necessidade de expressar suas opiniões internalizadas por meio da fala, realizando assim as interações necessária com a comunidade da qual pertence e sem a qual não pode viver.²²² A ação e o discurso constituem o modo pelos quais os homens se comunicam entre si, não como se meros objetos físicos fossem, mas como pessoas que são.²²³

Neste sentido, Edilsom Farias afirma ser intrínseca ao homem a necessidade de expor suas ideias, opiniões, pensamentos, sensações e sentimentos e, além disso, tentar convencer os demais sobre a importância da veracidade deles, razão pela qual para que possa suprir esta necessidade não pode sofrer sanções ao fazê-lo.²²⁴

Por esta razão, tal liberdade foi consagrada em todas as constituições brasileiras desde a Constituição Imperial de 1824. Contudo, não se pode olvidar que foi na Constituição Cidadã que esta liberdade encontrou ambiente propício à sua efetivação.²²⁵

As normas tradicionais de redação de uma Constituição exigem, ainda que em um regime autoritário, uma Declaração de Direitos que garantam, entre outros direitos, a liberdade de expressão, o que não significa que aqueles que reconhecem tais direitos ao elaborar a Constituição, atribuirão a eles alguma efetividade.²²⁶

Neste diapasão, a Carta Imperial de 1824 em seu artigo 179 caput trazia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros cuja base era a liberdade, a segurança individual e a propriedade. No inciso IV do artigo 179, a referida inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos brasileiros era garantida permitindo-se a

²²¹ Neste sentido, confira-se: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

²²² ARISTÓTELES. **Política**. Trad de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

²²³ Neste sentido, confira-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 76.

²²⁴ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

²²⁵ Neste sentido, confira-se KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 391 e ss.

²²⁶ Neste sentido, confira-se. DUCHACEK, IVO D. **Derechos y libertades en el mundo actual: las promesas constitucionales y la realidad**. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1976, p. 287

todos a possibilidade de “comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.”

Por óbvio, não se pode defender que a liberdade de expressão era exercida em sua plenitude no período imperial. Como em qualquer Estado autocrático, no Brasil Império, a liberdade de expressão consagrada na Constituição não passava de um direito sem efetividade, a par do que ocorria com a igualdade perante a lei prevista no inciso XIII do mesmo artigo 179, e que vigorava em tempos de escravidão institucionalizada.

Com o advento da República, a liberdade de expressão encontrou positivação no texto constitucional, a Constituição Republicana de 1891 em seu artigo 72, §12 assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual, e à propriedade, possibilitando-lhes a livre manifestação do pensamento seja pela imprensa, seja pela tribuna, independentemente de censura, mas com a devida responsabilização dos que cometessem abusos, sendo vedado o anonimato.

Contudo, deve-se ressaltar que a Constituição de 1891 que pouco alterou a Constituição imperial em matéria de liberdade de expressão (já que apenas acrescenta a vedação do anonimato), também pouco inova em termos de promoção da efetividade do direito à liberdade de expressão, sendo que sua previsão constitucional fora praticamente transformada em letra morta ante a coação dos órgãos de imprensa e o chamado “empastelamento” dos jornais.²²⁷

A Constituição de 1934 por sua vez, diferenciando-se das que a antecederam, previu expressamente a possibilidade de censura prévia quando a manifestação do pensamento ocorresse em espetáculos e diversões públicas, em seu artigo 113, nº9 dispunha que:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

²²⁷ Neste sentido, confira-se: BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.343.

Sob a égide desta constituição editou-se a primeira lei de segurança nacional de 4 de abril de 1935 a qual criminalizou diversas condutas relacionadas à liberdade de opinião tais como a incitação à paralisação de serviços públicos (artigo 8º) , a distribuição entre os militares de escritos que contenham incitamento à indisciplina (artigo 10, parágrafo único, a), o induzimento de empregados e empregadores à cessação ou à suspensão do trabalho. Ademais, caso condutas como estas fossem praticadas por meio da imprensa, era prevista a apreensão das edições (artigo 25) e a sua suspensão em caso de reincidência (artigo 25, §6º).

A lei de segurança nacional de abril de 1935 representou apenas o prenúncio do declínio das instituições democráticas e do advento do chamado Estado Novo criado pela Constituição de 1937. Esta Constituição em seu artigo 15 assegurava a todo cidadão “o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei”, entretanto, possibilitava a lei prescrever a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, inclusive, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação, tudo em vista da garantia da paz, da ordem e da segurança pública (artigo 15, a).

Em vista da possibilidade de censura prévia estabelecida, o decreto 1.949 de 30 de dezembro de 1939, em seu artigo 14, impôs que nenhum filme poderia ser exibido em território nacional sem um certificado de aprovação do Departamento de Imprensa e Propaganda. Semelhantemente, as representações de peças teatrais, as execuções de discos falados e cantados, as transmissões rádio-telefônicas, entre outros, dependiam de censura prévia e autorização do Departamento de Imprensa e Propaganda na forma do artigo 53 e incisos do supramencionado decreto.

Com o fim do Estado Novo, marcado pelo advento da Constituição de 1946 a censura prévia volta a ser possível apenas em se tratando de espetáculos e diversões públicas como se depreende da leitura do artigo 141, §5º da Carta, *in verbis*:

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Interessante notar a limitação imposta à liberdade de expressão pelo próprio constituinte que, em vista dos horrores vivenciados pela segunda guerra mundial, retirou do âmbito de proteção deste direito a possibilidade de se realizar: propaganda de guerra, de processos violentos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe, proibindo-se o hoje chamado *hate speech*. Não obstante os avanços promovidos pelo texto de 1946, deve-se ter presente que, em vista da chamada “ameaça comunista”, algumas ideias foram condenadas à ilegalidade.

Em 1964 a democracia brasileira sofre novo revés e é instaurada a ditadura militar. Em 1967 editou-se uma nova Constituição a qual em seu artigo 150, §8º praticamente repetiu o texto da constituinte anterior no que toca à liberdade de expressão, assegurando a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informações sem sujeição à censura, com exceção dos casos de espetáculos e diversões públicas (a proibição do *hate speech* foi mantida).

A Constituição de 1967, tão logo entrou em vigor, foi emendada em 1969 de forma tão significativa que se pode considerar o advento de uma nova Constituição. A emenda nº1 de 1969 com o que o Ministro Luis Roberto Barroso chama de “penosa insinceridade normativa”,²²⁸ também reconheceu o direito fundamental à liberdade de expressão. Em seu artigo 153, §8º²²⁹ a emenda praticamente repete a redação do artigo 150, §8º da Constituição de 1967, acrescentando a vedação à publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. Contudo, tratou de inserir entre as atribuições da Polícia Federal a promoção da censura das diversões públicas como se vê na leitura do artigo 8º, VIII, d.²³⁰

Apesar do reconhecimento em nível constitucional, é sabido que a liberdade de expressão no período ditatorial pouco fora respeitada. Matérias de jornais eram suprimidas e em seu lugar enxertadas receitas culinárias, periódicos foram apreendidos

²²⁸ BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 343.

²²⁹ §8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes

²³⁰ Art. 8º. Compete à União: VIII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de: d) prover a censura de diversões públicas.

em nome da defesa da moral e dos bons costumes, filmes tiveram sua exibição proibida ou realizada com a utilização de tarjas descaracterizando-os completamente.²³¹

A redemocratização marcada pelo advento da Constituição Cidadã de 1988, como não poderia ser diferente, em reação ao período ditatorial vivenciado, tratou de garantir a liberdade de expressão assegurando ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (artigo 5º, IV) de forma independentemente de censura ou licença, pois “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (artigo 5º, IX).

A vedação da censura foi reforçada na Constituição sendo mais uma vez enfocada pelo Constituinte que no Título VIII (Da ordem social), Capítulo V, ao tratar da comunicação social, um instrumento por excelência da liberdade de expressão, dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.²³²

Por óbvio, a Constituinte não intentou garantir a liberdade de expressão de forma absoluta, pois como ensina a doutrina constitucional os direitos fundamentais encontram uma série de limites (para alguns imanescentes, para outros, impostos a eles de forma externa) necessários à compatibilização de sua garantia com a garantia de outros direitos e valores fundamentais.²³³ Inclusive, a própria Carta Constitucional em seu artigo 224 prevê mecanismos de controle da comunicação social como a criação de um Conselho de Comunicação Social para atuar como auxiliar do Congresso Nacional.²³⁴

Em verdade, este dispositivo relaciona-se com a necessidade de impedir que os vilipêndios à liberdade de expressão ocorridos no período militar voltem a ser realizados.²³⁵

²³¹ Luis Roberto Barroso em estudo sobre a censura no Brasil lembra que o mundialmente conhecido Balé Bolshoi foi proibido de se apresentar no país, pois considerado propaganda comunista, recorda ainda um episódio ainda mais lamentável, a proibição da divulgação de um surto de meningite a pretexto não se prejudicar a imagem do governo, BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

²³² Artigo 220, Constituição Federal.

²³³ Nesta senda, Ronald Dworkin afirma que: “A liberdade de expressão precisa, às vezes, curvar-se a outros valores, entre eles a segurança, e, talvez, um interesse particular na reputação” DWORKIN, Ronald. Liberdade de Expressão, Política e as Dimensões da Democracia. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 504. Contudo, a discussão a respeito dos limites dos direitos fundamentais será retomada e melhor explanada no capítulo terceiro do presente trabalho.

²³⁴ A criação do referido Conselho fora realizada por intermédio da lei 8.389/91, mas sua atuação não é verificada na prática uma vez que apesar da previsão normativa, o Conselho não fora instalado até o presente momento.

²³⁵ Isto pode ser percebido a partir da análise do §2º do próprio artigo 220, segundo o qual: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”

Ainda concernente à comunicação social, há que se destacar o diferente tratamento normativo dispensado à utilização dos meios de rádio e teledifusão e à imprensa escrita, uma vez que enquanto esta independe de licença da autoridade na forma do artigo 220, §6º, CF²³⁶ aquela será realizada mediante concessão, permissão e autorização na forma do artigo 21, XII, a.²³⁷

Por fim, deve-se ressaltar que, apesar de competir à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão na forma do artigo 21, XVI da Lei Maior, tal classificação não poderá ser confundida com censura prévia.

Então, percebe-se que no que toca à liberdade de expressão, a Constituição Cidadã instituiu um princípio geral da ampla liberdade de expressão, o qual deverá ser o vetor de toda a atividade interpretativa (artigo 5º, IV e 220, *caput* e §1º). Ademais, instituiu ainda duas regras específicas, quais sejam: a proibição da censura, impedindo que o Estado, em virtude do poder de polícia altere ou determine o conteúdo da mensagem; e a proibição da subordinação das exibições e publicações a qualquer espécie de licença prévia (artigo 5º, IX e 220, §2º).²³⁸

2.2 A liberdade de expressão como direito fundamental: fundamentalidade formal e material do direito à liberdade de expressão

A liberdade de expressão, enquanto direito de transmitir suas opiniões, impressões, pensamentos, ideologias às pessoas, a exemplo do que ocorre com a liberdade religiosa, também desfruta de uma fundamentalidade tanto formal quanto material.

A fundamentalidade formal de um direito fundamental somente pode ser verificada a partir do direito constitucional positivo. Como parte integrante da Constituição escrita, um direito nela garantido situa-se no ápice do ordenamento jurídico, gozando de um status constitucional. Ademais, assegurado por norma

²³⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

²³⁷ Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens.

²³⁸ BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 359.

constitucional, o direito fundamental encontra-se protegido pelos limites da reforma constitucional. Por fim, deve-se ressaltar que as normas garantidoras dos direitos fundamentais são diretamente aplicáveis.²³⁹

Nesta quadra, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa lei fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos Direitos Fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.²⁴⁰

Como visto alhures, a Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, IV assegura a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato. Adiante, no inciso IX garante a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Então, a garantia constitucional da liberdade de expressão relaciona-se com a sua fundamentalidade formal. Assim este direito fundamental, enquanto dotado do status constitucional, goza do regime jurídico diferenciado da supremacia em relação às demais normas, da vinculação dos poderes constituídos, da eficácia irradiante, entre outros.

Por sua vez, a fundamentalidade material do direito à liberdade de expressão encontra-se relacionada com sua intrínseca ligação aos valores que fundamental o Estado Constitucional. Primeiramente, considerar o homem enquanto ser racional dotado de um valor intrínseco que não pode ser transferido, doado, vendido ou perdido, necessariamente significa considerá-lo um ser capaz ao qual deve ser assegurado o direito de expressar suas opiniões.

Nesta senda, há que se ter em mente que o ser humano é o único ser vivente capaz de transmitir, por intermédio da fala, os conhecimentos apreendidos aos seus descendentes garantindo-lhes a manutenção de conquistas realizadas e a possibilidade

²³⁹ Neste sentido, confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74-75.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 271.

de tantas outras, formando um grandioso conjunto chamado cultura. Portanto, essencial à proteção e promoção da dignidade humana, a garantia da liberdade de expressão.

Ressalte-se que o presente trabalho, na esteira da lição do Ministro Luis Roberto Barroso,²⁴¹ concebe um conteúdo mínimo da dignidade humana dentro do qual está inserida a dignidade como valor intrínseco pertencente a todos os indivíduos e a dignidade como autonomia individual. Assim, garantir a liberdade de expressão seguramente é promover a dignidade humana, considerando-se todos igualmente capazes para expressar suas opiniões sobre os vários domínios da vida, e considerando-se o homem como ser autônomo, capaz de realizar suas próprias escolhas, cuja tomada imprescinde da colheita de informações.²⁴²

Então, a liberdade de expressão tomada como manifestação da autonomia individual, “deve ser constitucionalmente protegida, não porque viabiliza um desejado resultado, como a busca da verdade ou a livre circulação de ideias em uma sociedade democrática, mas porque o respeito ao indivíduo leva, conseqüentemente, à proteção das comunicações que definem, desenvolvem, ou protegem o seu ser.”²⁴³

Ademais, este direito fundamental pode encontrar base ainda na igualdade, na medida em que todos os seres humanos são dotados da mesma racionalidade. Há que se considerar que todos possuem o direito de expressar suas opiniões, sentimentos, ideologias, não se podendo garantir o direito à liberdade de expressão apenas à alguns em vista de determinados valores atribuídos, quaisquer que sejam.

Nesta senda, Cláudio Chequer pondera que

O princípio da igualdade é outro princípio constitucional digno de destaque no estudo da liberdade de expressão. Todos os indivíduos, possuidores ou não de divergentes concepções e distintas ideias, têm o direito de se fazer ouvir sem que o poder público esteja *a priori* legitimado a controlar e a administrar, de forma seletivas e interessada, as estruturas de comunicação.²⁴⁴

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 72 e ss.

²⁴² Vide nota n. 72.

²⁴³ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo**: Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

²⁴⁴ CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

A liberdade de expressão é ainda um verdadeiro instrumento contra a dominação, por isto, pode ser fundamentada na necessidade de tutela do mais débil. Por meio dela podem as minorias, os oprimidos, os excluídos, apresentarem suas demandas, impressões, visões de mundo às maiorias, aos opressões, aos que excluem, e reivindicar mudanças.

Neste diapasão, interessante o estudo promovido por Amartya Sen a respeito da importância dos direitos civis e políticos para as pessoas menos favorecidas. O autor esclarece que “a depreciação desses direitos e liberdade é sem dúvida parte do sistema de valores dos *líderes governamentais* de muitos países do Terceiro Mundo, mas considerá-la opinião do povo é afirmar algo que não está provado”.²⁴⁵

Para combater a afirmação de que os pobres pouco se importam com os direitos civis e políticos, o autor utiliza o exemplo histórico da eleição promovida na Índia na década de 1970, em que alguns pretendiam suprimir direitos civis e políticos básicos. Na referida eleição, esclarece o autor, o eleitorado indiano, um dos mais pobres do mundo, se mostrou tão interessado em protestar contra a negação de liberdade e direitos básicos, quanto em queixar-se da pobreza econômica vivenciada.²⁴⁶

Por fim, garantir a todos em igual medida a possibilidade de expressar seu pensamento sobre os domínios da vida, é garantir a paz, uma vez que as palavras, os cartazes, os livros, podem substituir as armas, promovendo-se um embate de ideias ao invés de pessoas. A liberdade de expressão se revela elemento essencial das concepções não-violentas de organização e exercício do poder.²⁴⁷

Ressalte-se ainda que o Estado Constitucional é o Estado Democrático, e somente é possível falar em democracia em um ambiente de cultura de direitos fundamentais e em especial de direito à liberdade de expressão, possibilitando-se a todos de forma igual o direito de falar e de ser ouvido.

Neste sentido, Cristina Queiróz ensina que “a democracia deliberativa não se apresenta como uma pura mediação pragmática de interesses, antes se concretiza e

²⁴⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 199.

²⁴⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 199 e ss.

²⁴⁷ Confira-se: CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85 ss.

consolida num saber ouvir e escutar até o fim, em garantir os valores 'constitucionais', 'adaptando-os' às diferentes 'crises' da vida constitucional."²⁴⁸

Deve-se ter presente que, mesmo na democracia meramente formal, a censura apresenta-se como uma ameaça à legitimidade do sistema democrático, uma vez que impede a exposição dos cidadãos a diferentes perspectivas, o que advoga pela imprescindibilidade da garantia da liberdade de expressão.²⁴⁹

A relação entre Democracia e Liberdade de Expressão se mostra ainda mais estreita quando se concebe um modelo deliberativo de democracia, no qual as decisões públicas não devem ser tomadas a partir de um confronto entre indivíduos e grupos em disputa, cada qual perseguindo interesses particulares, mas fruto de um diálogo em vista do entendimento, entre cidadãos que se reconhecem mutuamente como livres e iguais, e que perseguem soluções para os impasses que atendam ao bem comum e que possam ser racionalmente aceitas por todos.²⁵⁰

Neste sentido é a lição de Paulo Murilo Calazans que concebe a liberdade de expressão, em especial o seu enfoque no direito à informação como uma necessidade imanente ao convívio democrático. Segundo o autor:

Há uma exigência intrínseca ao processo democrático de formação de vontade e produção decisória que é o permanente intercâmbio de informações entre os membros da comunidade política, com fito de permitir a constante reavaliação das diversas percepções e pontos de vista acerca dos assuntos postos em pauta na discussão política e, da mesma forma, contribuir para que as decisões tomadas estejam revestidas do mínimo de fundamentação racional que se espera de decisões que irão afetar vida de todos aqueles que, direta ou indiretamente, participam da comunidade.²⁵¹

Ainda sobre a importância da liberdade de expressão para ordem democrática, Konrad Hesse ao analisar este direito em relação ao Estado democrático criado pela Lei Fundamental alemã, o afirma como seu elemento constituinte. Nas palavras do Autor:

Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos "meios de comunicação em massa"

²⁴⁸ QUEIRÓZ, Cristina. **Interpretação constitucional e Poder Judicial**. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p.21.

²⁴⁹ Neste sentido, confira-se: SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

²⁵⁰ Confira-se por todos: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

²⁵¹ CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas alternativas pluralistas, assim como "formação preliminar da vontade política" não são possíveis. publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental "simplesmente constituinte".²⁵²

Não somente a liberdade de expressão, mas todos os direitos fundamentais são profundamente democráticos já que asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas, graças à garantia dos direitos de liberdade e igualdade, imprescindíveis à manutenção da estabilidade do procedimento democrático e condições necessárias do funcionamento deste procedimento.²⁵³

Ainda no que toca à fundamentalidade material do direito à liberdade de expressão, interessante destacar o posicionamento dos que relacionam a garantia deste direito ao desenvolvimento de uma comunidade política juridicamente organizada. Nesta Senda, John Stuart Mill, ainda na metade do século XIX, concebia que:

O despotismo do costume constitui por toda parte obstáculo permanente ao progresso humano, conservando-se em incessante antagonismo à tendência de visar a algo de melhor do que o costumeiro, o qual se chama, de acordo com as circunstâncias, espírito de liberdade, ou progresso ou melhoramento. O espírito de melhoramento nem sempre é o de liberdade, visto como pode visar a forçar melhoramentos sobre indivíduos que não o desejem; e o espírito de liberdade, em tudo quanto resiste a tais tentativas, pode aliar-se localmente ou temporariamente com os que se opõem ao melhoramento; **contudo, a única fonte infalível e permanente do progresso é a liberdade, eis que, por meio dela, se originam tantos centros de melhoramento quantos são os indivíduos.**²⁵⁴ (sem grifos no original).

Relacionando mais especificamente a liberdade de expressão e o desenvolvimento econômico, Amartya Sen defende que nenhuma fome coletiva

²⁵² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 302-303.

²⁵³ Neste diapasão, Robert Alexy leciona que: "Los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad e de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el procedimiento democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento del procedimiento mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión e asociación, así como el derecho de sufragio e otras libertades políticas". ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2009, p. 38.

²⁵⁴ MILL, John Stuart. **Da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 79-80.

substancial jamais ocorreu em um país independente, com uma forma democrática de governo, eleições periódicas e imprensa livre. Segundo o autor:

Houve fomes coletivas em reinos antigos e sociedades autoritárias contemporâneas, em comunidades tribais primitivas e em modernas ditaduras tecnocráticas, em economias coloniais governadas por imperialistas o norte e em países recém-independentes do sul, governados por líderes nacionais despóticos ou por intolerantes partidos únicos. **Mas nunca uma fome coletiva se materializou em um país que fosse independente, que tivesse eleições regularmente, partidos de oposição para expressar críticas e que permitisse aos jornais noticiar livremente e questionar a sabedoria das políticas governamentais sem ampla censura.**²⁵⁵ (sem grifos no original).

O autor ao realizar um estudo sobre as fomes coletivas que assolaram alguns países percebeu que este problema não era causado tão somente pelo declínio acentuado na oferta de alimentos ou pela perda significativa do poder aquisitivo da população. Isto porque, por vezes, os países democráticos pobres sofreram declínios muito mais acentuados na produção e oferta de alimentos, somado a uma perda significativa de poder aquisitivo de seguimentos substanciais da população do que sofreram países não democráticos. Contudo, enquanto países ditatoriais sofreram com fomes coletivas, os democráticos conseguiram evitá-las.²⁵⁶

Isto comprova que a ocorrência de fomes coletivas está determinantemente relacionada não com o declínio na oferta e produção de alimentos ou do poder aquisitivo da população, mas com o modo com o qual os governantes lidam com essa situação. Em países não democráticos, nos quais não há liberdade de expressão (visto que está é condição essencial de uma democracia), as autoridades não têm de sofrer as consequências de não prevenir a ocorrência de fomes coletivas,²⁵⁷ e nem se encontram abertas ao diálogo a respeito da gestão da crise.

Sem a liberdade de expressão, os cidadãos são mutilados de sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões governamentais. Esses cidadãos silenciados, são muito convenientes em qualquer autocracia, mas são desastrosos em uma democracia.²⁵⁸

²⁵⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 201.

²⁵⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 233-234.

²⁵⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 235.

²⁵⁸ Neste sentido, confira-se: DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 110.

Por outro lado, a democracia possibilita que os castigos da fome também sejam sentidos por aqueles que controlam o aparato estatal. A possibilidade de não obter êxito nas próximas eleições, bem como a sujeição às críticas da oposição e dos meios de comunicação em massa existentes apenas em um ambiente democrático no qual a liberdade de expressão seja garantida, constitui um incentivo para que os governantes atentem para as reivindicações sociais, desta forma, os países democráticos promovem uma melhor gestão da crise evitando o colapso da ocorrência de uma fome coletiva.²⁵⁹

Assim, dada a importância da liberdade de expressão, pode-se afirmar seguramente que ela compõe o chamado mínimo existencial²⁶⁰, ou seja, o conjunto de “*condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”²⁶¹

Então, a fundamentalidade do direito à liberdade de expressão se mostra clarividente quando se percebe que tal direito não somente é condição de efetividade dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, como também, verdadeiro instrumento a serviço, inclusive, da prevenção de calamidades como a fome coletiva.

2.3 Dimensões da liberdade de expressão: O caráter defensivo e prestacional do direito à liberdade de expressão

O jurista italiano Norberto Bobbio ao estudar os direitos fundamentais, buscou classificá-los de acordo com o momento histórico de sua positivação. Desta feita, dividiu os direitos fundamentais em três gerações de direitos.²⁶² Atualmente o termo gerações é substituído na doutrina pela terminologia dimensões por se considerar que sua utilização poderia criar na mente do intérprete a falsa noção de substitutividade entre os direitos surgidos e os anteriores.²⁶³

Deve-se ter presente que a discordância dogmática é meramente terminológica, pois, em princípio, há consenso no que tange ao conteúdo das dimensões e gerações de

²⁵⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 235 ss.

²⁶⁰ Ressalte-se que o mínimo existencial não se encontra expressamente previsto no texto constitucional, mas pode ser concebido a partir da ideia de liberdade, dos princípios constitucionais da dignidade humana, igualdade, devido processo legal, bem como dos direitos fundamentais expressamente previstos. Neste sentido, confira-se: TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

²⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

²⁶² Confira-se: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²⁶³ No direito constitucional pátrio atribui-se à Paulo Bonavides o pioneirismo no apontamento para esta imprecisão terminológica, neste sentido vide **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 525.

direitos fundamentais.²⁶⁴ Discorrendo acerca do que considera gerações de direitos fundamentais, Joaquim Herrera Flores pondera que:

Se é possível de fato falar em gerações de direitos, estas se encontram menos vinculadas a uma manifestação de racionalidade humana universal, tal como sustentada desde os estóicos até a declaração da ONU, de 1948, mas sim, dizem respeito às diversas reações funcionais e críticas que têm sido implementadas na esfera social, política e jurídica ao longo dos processos de acumulação capitalista desde a baixa Idade Média até os nossos tempos.²⁶⁵

Na primeira dimensão são encontrados os direitos civis e políticos, nascidos ante a pressão burguesa frente ao Estado em busca de menor intervenção na autonomia privada. Tais direitos consubstanciam-se como garantias do cidadão “surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.²⁶⁶

Por tais motivos, os direitos de primeira dimensão, *prima facie* não exigem prestação direta do Estado, ao contrario, lhe impõem uma abstenção de agir.²⁶⁷ No rol destes direitos assumem grande relevo, por conta de sua inegável inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, liberdade (em especial a liberdade religiosa e a liberdade de expressão tratadas no presente trabalho), propriedade e igualdade perante a Lei.

A Revolução industrial dos séculos XVIII e XIX promoveu mudanças na sociedade, gerando novos problemas sociais e econômicos. Neste contexto, o Estado viu-se obrigado a deixar de lado sua postura de abstenção para agir em prol dos interesses de uma sociedade que passou a exigir condições melhores de vida a todos.

Neste panorama surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão, também denominados direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos devem ser

²⁶⁴ Neste sentido confira-se: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. I, Porto Alegre: SAFE, 1997, p 24 e ss.

²⁶⁵ FLORES, Joaquim Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales – crítica del humanismo abstrato**. Madrid: Los libros de Catarata, 2005, p. 101.

²⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pag. 43.

²⁶⁷ Diz que tais direitos não impõe apenas *prima facie* o dever de prestações diretas ao Estado, porque a doutrina mais atualizada preconiza, acertadamente, que mesmo os direitos tradicionalmente definidos como de caráter negativo, também acarretam ao Estado alguns encargos econômicos como um sistema de segurança pública e de administração judiciária, por exemplo. Neste sentido é a lição de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 35 - 48.

garantidos e efetivados pelo Estado. Não se tratam esses direitos de liberdades a serem exercidas frente ao Estado, mas por seu intermédio.

Nos direitos de primeira dimensão tais como liberdade expressão, liberdade de associação, liberdade de escolher uma profissão, se parte de algo antecedente, não são criados pela regulamentação positiva, mas protegidos e ou limitada por ela. De modo diverso, nos direitos de segunda dimensão não se parte de algo antecedente que deve ser juridicamente protegido pelo Estado, antes, é necessária criação do direito para depois se proteger e regulamentar.

Por isto, somente após a ação do legislador e do administrador para possibilitar aos cidadãos o acesso a bens materiais é que surgirá algo para ser protegido contra a intervenção do Estado.²⁶⁸ Os direitos de segunda dimensão ao contrário dos de primeira dimensão exigem um agir por parte do Estado.

Ainda em decorrência do progresso tecnológico e outras transformações econômicas e sociais, emergem na sociedade novas necessidades as quais precisam ser atendidas pelo Estado, daí surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão.

Deve-se esclarecer que quanto à titularidade dos direitos de primeira e segunda dimensão, pode-se afirmá-la eminentemente individual, uma vez que se referem a determinada pessoa, classe ou categoria social. A seu turno, os direitos de terceira dimensão são pertinentes a todos e a cada um ao mesmo tempo, sendo por isto, caracterizados pela indefinição subjetiva e pela indivisibilidade do seu objeto.²⁶⁹

Por conta de sua titularidade eminentemente coletiva, os direitos de terceira dimensão são denominados de direitos de solidariedade e fraternidade. Contudo, deve-se consignar que apesar disto resta preservado seu cunho individual nuclear ²⁷⁰. Como exemplo destes direitos, pode-se fazer referência às garantias contra manipulações genéticas, direito de morrer com dignidade, direito a mudança de sexo, direito ao meio ambiente preservado e equilibrado, direito à paz, dentre outros.

²⁶⁸ Neste sentido, vide BÖCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejos Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez – 1. Aufl – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

²⁶⁹ Neste sentido, confira-se: PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. in: GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; _____. (cords.). **Direito, Cidadania e Justiça: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 117.

²⁷⁰ Neste sentido, Ingo Sarlet pondera que "nada obstante a já revelada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos da terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual." SARLET, Ingo Wolfgang **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 54.

Ressalte-se que os direitos difusos encontram fundamento constitucional e não legal, vinculando-se a interesses comuns a uma coletividade de pessoas as quais não necessariamente se encontram ligadas por qualquer vínculo. Estes direitos, "expressam interesses meta individuais que envolvem conflitos sociais por interesses supra-individuais."²⁷¹

Para alguns autores a classificação dos Direitos Fundamentais em dimensões não explica de modo satisfatório o processo de formação histórica e social dos direitos fundamentais. Tal classificação seria meramente uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais.²⁷²

Apesar da importância da classificação dos Direitos Fundamentais em dimensões, é bem verdade que se deve ter em mente que tal método classificatório não tem o condão de representar fidedignamente o devir histórico, dialético e dinâmico da formação destes direitos fundamentais. Por isto, a doutrina desenvolveu um método classificatório que demonstra maior relevância prática uma vez que leva em consideração a função preponderante do direito em espécie.

Inspirado na teoria de Jellinek, Ingo Wolfgang Sarlet classifica os Direitos Fundamentais de acordo com a sua função preponderante em Direitos de Defesa e Direitos a Prestações. Estes são divididos em direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito.²⁷³

Os direitos de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos. Impõem ao Estado um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.

Inexistem controvérsias no que concerne à identificação entre os denominados direitos de defesa com os direitos de primeira dimensão, acima expostos. No âmbito dos direitos de defesa, se enquadram primordialmente os direitos de liberdade e igualdade, bem como suas respectivas formas de manifestação e concretização.

²⁷¹ PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. in: GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; _____. (cords.). **Direito, Cidadania e Justiça: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 117.

²⁷² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 167.

Também está incluída entre os direitos de defesa a maioria dos direitos políticos, das garantias fundamentais e alguns direitos sociais, vez que como fora dito, esta classificação leva em consideração a função preponderante dos Direitos Fundamentais em espécie.

Os direitos a prestações, ao contrario dos direitos de defesa, exigem um agir por parte do Estado, impondo, além da tarefa de não intervir na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, o dever de criar e colocar à disposição dos cidadãos as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais:

Os Direitos Fundamentais a prestações objetivam, em ultima análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.²⁷⁴

O direito à liberdade de expressão (bem como a liberdade religiosa) é eminentemente um direito de defesa de modo que protege o individuo possibilitando expressar suas opiniões, convicções, pensamentos, nos diversos domínios da vida sem que o Estado possa silenciá-lo.

Nesta senda, Daniel Sarmento destaca que a visão tradicional a respeito da liberdade de expressão é a de que ela constitui-se em um direito negativo, o qual se esgota em um dever de abstenção do Estado. Para tal visão dita liberdade "constitui uma limitação para os poderes públicos, erigida para que eles não tenham como impedir nem coibir a manifestação de quaisquer opiniões ou ideias".²⁷⁵ Advirta-se que atualmente se pode conceber a liberdade de expressão como direito de defesa, ou direito negativo, mas que isto não significa que esteja excluída qualquer obrigação positiva por parte do Estado para realização de tal liberdade, como será visto adiante.

Contudo, como dito alhures, pode-se afirmar com segurança de que se trata de um direito de defesa, tendo em vista sua função eminentemente defensiva. Isto se depreende das duas regras que acompanham o princípio geral da liberdade de expressão em sua positivação realizada no artigo 5º, IV da Lei Maior, quais sejam: a regra da vedação da censura e da impossibilidade de estabelecimento de licença prévia como

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 185.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 263.

requisito de exercício da liberdade de expressão, estabelecidas, no inciso IX do mesmo artigo.

A Constituição Cidadã, como resposta à ordem constitucional com a qual rompeu, não poderia deixar de rechaçar veemente a censura.²⁷⁶ Então, como visto alhures, a Lei Maior em seu artigo 5º, IV não somente garante a liberdade de expressão, como veda a censura e a imposição de licença prévia em seu artigo 5º IX.

A censura é algo extremamente pernicioso à liberdade de expressão, pois jamais se apresenta como um instrumento de intolerância, preconceito, prepotência e outras perversões, ao contrário, comumente age em nome da moral, da família, dos bons costumes. Entretanto, na prática, oscila entre o arbítrio e o ridículo.²⁷⁷

Ela é algo que deve ser a todo custo combatido, de modo a ser eliminado das sociedades democráticas, uma vez que sempre foi um instrumento eficaz de repressão ideológica ou política, de um grupo dominante sobre os demais, ainda quando encontrou fundamento em certos valores.²⁷⁸ Em verdade, a vedação da censura se mostra extremamente útil à Democracia, uma vez que permite a manifestação de opiniões contrárias e críticas ao Estado, protegendo desta forma o poder de autodeterminação da sociedade política.²⁷⁹

Segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, “censura vem a ser todo procedimento pelo qual os Poderes Públicos visam a impedir a circulação de certas ideias.”²⁸⁰ Luis Roberto Barroso esclarece que ela constitui-se como “a submissão à

²⁷⁶ Neste sentido, Luis Roberto Barroso destaca a redemocratização como marco e sua incompatibilidade com qualquer forma de censura, nas palavras do Autor, “Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder” BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354.

²⁷⁷ Neste sentido, BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345-346.

²⁷⁸ Neste sentido, Samantha Meyer-Pflug, leciona que “A censura é algo danoso e que deve ser a todo custo extirpada das sociedades democráticas. Ela sempre foi usada pelo Estado como meio eficaz de repressão ideológica ou política. Mesmo no caso em que a censura encontra fundamento em certos valores ela sempre é utilizada como um instrumento de manipulação, seja ela política ou ideológica, de um determinado grupo sobre outro, normalmente do grupo dominante sobre os demais.” MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

²⁷⁹ Neste sentido, confira-se: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81 e ss.

²⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol2, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como condição previa de sua veiculação.”²⁸¹

Há que se ter presente que a censura não se confunde com mecanismos de controle responsáveis pela verificação do cumprimento de normas jurídicas gerais e abstratas que busquem regulamentar a liberdade de expressão, compatibilizando-a com o exercício de outros direitos, pois apesar de fundamental, a liberdade de expressão não é um direito absoluto.²⁸² Existem direitos e valores que não podem ser agredidos a pretexto de realizar a liberdade de expressão, por isto, uma conduta neste sentido pode suscitar o desencadeamento de um processo que busque a imposição de sanções previstas naquelas normas.²⁸³

No que toca a liberdade de expressão religiosa, a vedação da censura e da necessidade de licença prévia se mostra ainda mais fortalecida. Isto porque, como visto alhures, a Constituição Federal estabelece a laicidade estatal, impondo ao Estado que assuma uma posição de neutralidade em relação às confissões religiosas.²⁸⁴

Assim, se Estado não pode censurar uma musica, uma peça de teatro, uma reportagem de jornal, com mais razão também não poderá censurar a veiculação de uma mensagem religiosa, pois isto significaria o comprometimento da postura religiosamente neutra, que deve ser por ele adotada.²⁸⁵

Deve-se ter presente, que apesar de possuir uma função preponderante, todos os direitos fundamentais possuem tanto a função defensiva, quanto a função prestacional.²⁸⁶ Isto significa que todo direito fundamental ao mesmo tempo impõe ao Estado uma (ou algumas) abstenção (abstenções), e uma (ou algumas) ação (ações).

²⁸¹ BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

²⁸² Neste sentido, confira-se BARROSO. Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

²⁸³ Neste sentido, confira-se BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol2, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

²⁸⁴ Vide 1.4.

²⁸⁵ Mas uma vez deve-se esclarecer que não estamos diante de um direito absoluto, mas relativo, como todos os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna que pode ser restringido, a fim de que se promova sua coexistência com outros direitos fundamentais. Neste sentido, Heloísa Sanches Querino Chehoud, lembra que a liberdade religiosa (e como visto a liberdade de expressão religiosa) é consagrada como direito fundamental ao lado de vários outros o que significa que deve incidir em cada fato concreto com uma extensão específica, a depender do outro direito fundamental também protegido. Assim, deve-se realizar uma cedência recíproca entre os direitos em choque no caso concreto, de forma que eles retem devidamente acomodados. CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 136.

²⁸⁶ Neste sentido, Daniel Sarmento pondera que: "Hoje, superou-se a concepção liberal-burguesa dos direitos fundamentais, que os tinha como meros limites à atuação do Estado. Reconhece-se que mesmo os

Assim, a liberdade de expressão exige uma atuação positiva do Estado o que significa que não basta que o Estado se abstenha de proibir o exercício desta liberdade, lado outro, ele precisa propiciar as condições para que ela possa ser exercida. Neste sentido, José Horácio Meirelles Teixeira pondera que:

O fato de a lei não proibir a leitura das obras de um determinado autor implica já a existência de uma liberdade, mas liberdade simplesmente negativa. E isso porque se um determinado indivíduo não sabe ler, ou se não dispõe de recursos para adquirir as referidas obras, ou se não lhe permitem o acesso a uma biblioteca pública que as possua, ou se esta biblioteca não existe, aquela liberdade negativa nada significa, não terá consequência alguma, e a atividade, embora livre, não poderá realizar-se, porque lhe faltam as condições capazes de criar, portanto, uma liberdade positiva.²⁸⁷

Por isto, com a liberdade de expressão (inclusa a expressão religiosa) não é diferente, apesar de ser um direito de defesa, visto que possui cunho eminentemente defensivo, ante a possibilidade de exercício vedada a censura e a exigência de licença prévia, também se verifica uma função prestacional, que confere ao titular do direito uma série de prestações fáticas e normativas, necessárias ao seu exercício, obrigando o Estado ao fornecimento das referidas prestações.

O homem primitivo comunicava-se por intermédio de gestos e sinais. Adiante, desenvolveu a fala e a escrita as quais foram os dois maiores instrumentos a serviço da liberdade de expressão por séculos. Contudo, o progresso tecnológico experimentado a partir da revolução industrial e intensificado a cada dia até os dias atuais, fez surgir os chamados meios de comunicação em massa os quais têm por finalidade atingir um grande público que é, via de regra, indeterminado, muito numeroso, anônimo e heterogêneo.²⁸⁸

Há quem destaque o papel dos meios de comunicação em massa em relação à própria legitimação do poderio estatal e econômico neste sentido, Fábio Konder Comparato assevera que:

direitos individuais clássicos, como a liberdade de expressão, dependem da atuação do Estado, tanto para protegê-los de ameaças provenientes de terceiros, como para assegurar os pressupostos materiais que tornem faticamente possível o seu exercício." SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 289.

²⁸⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 665.

²⁸⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183.

O século XX veio trazer uma mudança importante no sistema classificatório de Gramsci. Os grupos dominantes nos regimes de concentração do poder estatal, bem como a classe empresarial nos países de capitalismo liberal, ao invés de contratarem profissionais autônomos para a tarefa de legitimação da ordem estabelecida, passaram a assumir diretamente essa incumbência, pela criação, sob a forma de entidades estatais ou privadas, dos grandes órgãos de comunicação de massa.²⁸⁹

Por intermédio de tais meios, o homem ganhou o poder de fazer com suas convicções, ideias, opiniões fossem conhecidas a milhares de quilômetros de distância por pessoas com as quais jamais teve contato. Primeiramente a prensa móvel, um processo gráfico aperfeiçoado por Johannes Guttenberg no século XV, passou a ser utilizada a partir do século XVIII para imprimir jornais o que já representou a possibilidade de pulverização de ideias.

No final do século XIX nasceu um homem que revolucionaria a comunicação, Guglielmo Marconi que no começo do século XX desenvolveu técnicas para a transmissão de ondas de rádio o que lhe rendeu o prêmio Nobel de física de 1909. Na década de 1920 a radiodifusão se desenvolveu por todo o mundo, além da genialidade latente do invento pela possibilidade de difusão sonora em tempo real, logo se percebeu que o invento se tornaria uma utilidade doméstica e dado seu alcance, sua utilidade publicitária era incontestável o que possibilitou o levantamento de recursos para investimento na nova tecnologia.²⁹⁰

Praticamente de forma concomitante à difusão de sons pelas ondas de rádio, o homem também conseguiu em meados de 1911 a transmissão e de imagens primitivas de televisão. Em 1930, a primeira peça de teatro foi transmitida e em 1936 surge a televisão como meio de comunicação em massa na Grã-Bretanha.²⁹¹

Após a segunda guerra mundial, o serviço regular de televisão que somente existia na Grã-Bretanha, passa a se espalhar pelo mundo, semelhantemente ao que aconteceu com a difusão do rádio, muito graças aos recursos advindos da utilização da novel tecnologia para fins publicitários.

Com a guerra fria vivenciou-se mais uma revolução no campo da comunicação, qual seja: o surgimento da rede mundial de computadores. Criada com objetivos

²⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**, n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, p. 9.

²⁹⁰ Sobre o desenvolvimento do rádio nos anos 20 vide por todos FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 136 e ss.

²⁹¹ Sobre o desenvolvimento da TV confira-se por todos FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160 e ss.

militares, a internet surge como mecanismo de comunicação das forças armadas norte-americanas em caso de ataques que destruíssem os meios convencionais de telecomunicações, mas já a partir da década de 1970, a internet passa a ser utilizada como importante meio de comunicação acadêmico.

Surgida na Guerra Fria a internet se popularizou na década de 1990 sobremaneira em decorrência do surgimento acelerado de provedores de acesso e portais de serviços, quando passou a ser utilizada em diversos segmentos sociais. Some-se ainda a descoberta da internet pelo capital como uma aliada na busca por novos mercados e maiores lucros.

Nos anos 2000 se vivenciou uma nova era na internet com o surgimento e desenvolvimento em escala global das chamadas “redes sociais”. A tecnologia barateou-se ainda mais e atualmente quase todos os domicílios estão conectados pela rede mundial de computadores, o mecanismo mais democrático da comunicação social.

Neste diapasão, é necessário diferenciar os meios de comunicação social, pois ao passo que jornais impressos, rádio, televisão e internet atualmente estão presentes na esmagadora maioria dos lares, o acesso a estes meios de comunicação não se dá de forma tão democrática, em especial no nosso país.

Por intermédio da internet, um indivíduo, uma associação, uma confissão religiosa, podem expor suas ideias, opiniões, pensamentos, através de sites, emails, microblogs. Contudo, nem todos podem fazê-lo por intermédio da imprensa, do rádio e da televisão. É neste panorama que para muitos o Estado também tem de cumprir um papel promocional da liberdade de expressão, garantindo justamente o acesso aos meios de comunicação social.

Primeiramente, necessário se faz buscar a gênese do monopólio dos meios de comunicação em massa no Brasil, para entender o fenômeno atual e justificar uma possível ação estatal no sentido de promover a democratização dos meios de comunicação em massa. O rádio surgiu no Brasil em 1923 com o advento da Rádio Sociedade do Rio de Janeiro, esta como as outras rádios pioneiras eram sociedades ou clubes financiados por associados com o escopo precípua de difusão da cultura. Por esta razão, as primeiras emissoras de rádio brasileiras sempre tinham a denominação “Rádio Sociedade” ou “Rádio Clube”.²⁹²

²⁹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167-168.

Do surgimento do rádio no Brasil no início da década de 1920 ao início da década de 1930 a sociedade civil dispunha da mais ampla liberdade na utilização do espectro eletromagnético o que propiciou o surgimento de diversas rádios com programação baseadas em música clássica, óperas, e textos rebuscados. Neste sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo lembra que nesta época “o direito constitucional positivo não se preocupava com as ondas de rádio, na medida em que, até então, se destinavam tão-somente ao entretenimento de algumas pessoas preocupadas com a cultura geral.”²⁹³

Este cenário de indiferença do direito em relação à exploração do espectro eletromagnético somente passa a ser alterado com o advento da chamada Era Vargas, quando a utilização das ondas passou a ser tida como um serviço de “interesse nacional.”²⁹⁴ O governo Vargas, não obstante a ausência de previsão constitucional sobre o tema, em 1931 editou o Decreto-Lei n. 20.407 o qual dispunha em seu artigo 1º que “Os serviços de radiocomunicação no território, nas águas territoriais e no espaço aéreo nacionais são da exclusiva competência da União.”

Em 1932, por intermédio do Decreto-Lei n. 21.111 se promoveu o regulamento para a execução dos serviços de radiocomunicação no território nacional. Em seu artigo 73 permitiu a propaganda comercial durante a execução dos programas desde que “por meio de dissertações proferidas de maneira concisa, clara e conveniente à apreciação dos ouvintes.”

Percebe-se que em pouco menos de dez anos, a utilização do rádio se desvirtuou completamente da sua gênese. O rádio, que nasce livre e relacionado às sociedades civis e clubes, comprometido com a difusão da cultura, agora passa a sofrer o controle direto do Estado, que avocou para si a competência de conceder a exploração deste serviço público aos particulares, e o domínio da propaganda.²⁹⁵

O apoderamento do espectro eletromagnético pelo Estado brasileiro como um bem pertencente ao Estado acabou por promover a concentração da exploração do mesmo, de forma que sua utilização deu voz além do alcance a poucos em detrimento dos muitos brasileiros que ficam em uma posição passiva de mero ouvinte.

²⁹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

²⁹⁴ Artigo 12 do Decreto-Lei 20.047.

²⁹⁵ Neste sentido, confira-se: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 169.

A televisão não teve sorte diferente do rádio. Em 18 de setembro de 1950 transmitiu-se o primeiro programa da televisão brasileira, o “TV na Taba” da TV Tupi, TV esta que em 1956 transmitiu ao vivo o jogo de futebol Brasil X Itália, feito que historicamente ficou conhecido como o “vôo do besouro” (animal que apesar de não ter condições aerodinâmicas para tal, voa).²⁹⁶

Na década de 1950 a televisão começou a se popularizar estando presente em uma quantidade cada vez mais significativa de lares, muito em decorrência do barateamento da tecnologia, tendo em vista o desenvolvimento da produção nacional de aparelhos. Na década de 1960, a televisão já não era mais um privilégio da elite, e boa parte do país já estava coberta por redes de televisão cuja audiência aumentara consideravelmente.²⁹⁷

Neste cenário, com o advento do golpe militar de 1964, as arbitrariedades cometidas em relação ao rádio, por óbvio se estendiam à televisão. Os militares, ao arrepio da Constituição vigente que não permitia que estrangeiros fossem proprietários de empresas jornalísticas,²⁹⁸ validaram a criação da Rede Globo que nasceu com a aplicação financeira de cinco milhões de dólares feita pelo grupo estrangeiro *Time-Life*.²⁹⁹

Em decorrência deste aval, a Rede Globo correspondeu com subserviência aos militares, funcionando como porta-voz da ditadura e exercendo o papel de manter a população informada dos feitos realizados pelos militares. Na década de 1970, com a criação do Jornal Nacional, e com o recuo da TV Tupi e da Rede Record, a Rede Globo tornou-se hegemônica no cenário da comunicação social brasileira.

A TV bandeirantes foi ao ar em São Paulo em 1967 estruturando-se como rede na década de 1970. Em 1981 o governo forneceu concessões a duas outras redes, assim, a partir do que restou da TV Tupi, surgiram o Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) e a Rede Manchete.

Assim, se vislumbra uma enorme concentração também no que tange aos serviços de teledifusão os quais ainda hoje são explorados por pouquíssimos grupos, desvirtuando-se completamente da sua origem enquanto meios de realização do direito

²⁹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175.

²⁹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 178.

²⁹⁸ Artigo 160 da Constituição de 1946.

²⁹⁹ Neste sentido, confira-se: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 180.

de liberdade de expressão. Esta concentração dos meios de comunicação em poder de poucos grupos mostra-se completamente incompatível com a sistemática vislumbrada na Constituição Cidadã uma vez que a previsão de bens de titularidade difusa gera uma nova concepção para o Rádio e a Televisão, criando-se um direito de antena.³⁰⁰

Nisto se diferencia a internet dos demais meios de comunicação social. Apesar de um alcance tão poderoso quanto o Rádio e a TV, e não obstante ter se popularizado posteriormente, a Rede Mundial de Computadores se tornou um meio de comunicação democrático uma vez que por seu intermédio todos podem falar e ser ouvidos, ler e serem lidos. A seu turno, Rádio e a TV mostram-se meios de comunicação pouquíssimo (ou quase nada) democráticos, pois um grupo muito restrito de pessoas têm a possibilidade de se expressar a partir destes meios.

Não se ignora que o acesso à Rede Mundial de Computares possui um custo, e que este eventualmente impede que determinados indivíduos, em decorrência de suas condições econômicas, tenham acesso a este meio de comunicação. Todavia, também não se pode olvidar que tal custo é ínfimo, perto do custo necessário ao acesso aos meios de Rádio e TV, instrumentos hoje desvirtuados da função para a qual surgiram e completamente dominados pelo poderio econômico.

Esta pouca (ou nenhuma) democracia no acesso a estes meios de comunicação, como dito alhures, mostra incompatível com o direito constitucional pátrio, do qual se pode extrair verdadeiro direito de antena. A expressão "direito de antena" não se encontra positivada no direito constitucional pátrio, sendo uma expressão emprestada do direito português.

A Constituição portuguesa de 1976 em seu artigo 39, 1, ao regular a comunicação social assevera que cabe a um entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social "o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política."

O direito de antena pode ser concebido como o direito de captação da comunicação bem como o de sua transmissão, quando baseado em ondas eletromagnéticas. Portanto, tal direito engloba não apenas o de assistir ou ouvir passivamente o que é transmitidos nos meios de rádio e TV, mas também o acesso a tais

³⁰⁰ Neste sentido é o pensamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo para quem, "No final do século XX o País necessitava urgentemente, de um novo sistema jurídico adaptado ao século XXI e voltado às futuras gerações. Os bens ambientais de índole difusa, criados com a Carta Magna de 1988, trouxeram uma nova concepção ao rádio e à televisão criando o verdadeiro direito de antena." FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 182.

meios de comunicação para por seu intermédio expressar suas concepções, impressões, opiniões, ensinamentos, etc.

Advoga-se que o direito de antena, ao contrário do que se pode conceber *prima facie*, não é um direito de titularidade individual, mas difusa. Isto porque a transmissão e captação da comunicação se dão por intermédio do espectro eletromagnético o qual faz parte do meio ambiente, sendo este último um bem protegido constitucionalmente e concebido como um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" na forma do artigo 225 da Constituição Cidadã.

Neste sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo pondera que

É exatamente no contexto do direito constitucional positivo que a Carta de 1988 estabelece pela primeira vez no Brasil o direito de todos terem acesso às ondas eletromagnéticas, enquanto bem de uso comum do povo e em decorrência de sua característica de essencial à sadia qualidade de vida, visando, dentre outras possibilidades estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, captar ou transmitir a comunicação.³⁰¹

Então, concebido o espectro eletromagnético como bem difuso, não se pode conceber o direito de antena, enquanto direito de captação e transmissão da comunicação por intermédio de ondas eletromagnéticas, como um direito que pode ser concedido a apenas alguns em detrimento de todos os demais, igualmente titulares deste direito difuso.

Assim, verifica-se no que toca à função prestacional do direito à liberdade de expressão (e do direito ao meio ambiente disposto no artigo 225 da Lei Maior), um dever estatal de promoção, consubstanciado na necessidade de o Estado garantir o acesso aos indivíduos aos meios de comunicação, não somente como captadores da comunicação, mas também como transmissores dela. Esta necessidade de atuação estatal no sentido de democratizar o acesso aos meios de comunicação, em especial aos que se utilizam do espectro eletromagnético, é destacado pela doutrina.

Neste diapasão, Celso Antonio Pacheco Fiorillo assevera que:

Exercendo direito fundamental (art. 5º da CF), todo e qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País pode manifestar seu pensamento (art. 5º, IV) e propalar suas convicções religiosas, filosóficas, políticas (art. 5º VIII), bem como intelectuais, artísticas,

³⁰¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 182.

científicas e de comunicação, em seu sentido mais geral (art. 5ºIX), utilizando-se do espectro eletromagnético, desde que não contrarie os fundamentos do Estado Democrático de Direito definido no art. 1º e seus incisos (República Federativa do Brasil).³⁰²

Nesta senda, oportuna a lembrança ao pensamento de Fábio Konder Comparato o qual afirma que a vida política tal como em qualquer forma de relacionamento social possui como pressuposto a organização de um espaço próprio de comunicação, de forma que em regimes democráticos tal espaço é necessariamente público uma vez que a soberania pertence ao povo sendo este o responsável por decidir em última instância as grandes questões de governo.³⁰³

Contudo, o que se verifica na práxis é que a organização do espaço público de comunicação seja em matéria política, econômica, religiosa, etc., se faz com o alijamento do povo ou com sua transformação em massa de manobra dos setores dominantes. Dessa forma, enquanto nos regimes autocráticos a comunicação social constitui monopólio dos governantes (como se verificou nos períodos autocráticos vivenciados em nosso país) nos países ditos democráticos o espaço da comunicação social deixa de ser público, para se tornar um objeto de oligopólio da classe empresarial ao dispor do seu exclusivo interesse de classe.³⁰⁴

Este quadro se torna ainda mais grave quando se percebe que os Parlamentos, espaços mais sublimes da manifestação da democracia, se tornaram na maioria dos países, meras instancias ratificadoras das decisões políticas previamente tomadas pelo Executivo, de modo que o verdadeiro espaço público de deliberação política passou a ser o espaço oferecido pelos meios de comunicação em massa os quais detêm o poder de decisão sobre a divulgação ou ocultação das questões discutidas e votadas no Parlamento.³⁰⁵

Neste diapasão Daniel Sarmento assevera que:

Assim, um dos fundamentos do combate à concentração no controle dos meios de comunicação de massa é exatamente o reconhecimento deste tremendo poder da mídia no mundo contemporâneo. Se é extremamente perigoso permitir que os governantes eleitos pela

³⁰² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 184.

³⁰³ Neste sentido, confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**. n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, p. 10.

³⁰⁴ Neste sentido, confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**. n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, p. 10.

³⁰⁵ Neste sentido, confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**. n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, p. 11-12.

maioria controlem os debates na esfera pública, o mesmo pode ser dito em relação a poderosas entidades privadas, que, por certo têm também os seus interesses econômicos, políticos e sociais, e fatalmente manifestarão a mesma tendência a distorcer e manipular as discussões no afã de favorecê-los.³⁰⁶

Por tudo isso, o acesso aos meios de comunicação em massa, compreendido com a possibilidade de por seu intermédio não somente captar, mas transmitir comunicação, é fundamental para o exercício da verdadeira liberdade de expressão, de forma que sua exploração como bem particular em proveito de poucos se mostra incongruente com a sistemática constitucional que visa a implementação de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º), onde seja garantida a liberdade de expressão (artigo 5º, IV e IX entre outros), e o meio ambiente como bem difuso.

A concentração dos meios de comunicação em massa nas mãos de quem quer que seja (tanto dos poderes estatais quanto dos poderes econômicos) cria um ambiente propício ao abuso do poder que tais meios conferem, neste sentido, há que se ter em mente que quanto mais diversificado e policêntrico se mostrar o mercado comunicativo, mais se reduz o poder individual dos titulares dos veículos de comunicação o que tem como consequência a redução da possibilidade de abuso do poder que a utilização de tais veículos confere.³⁰⁷

Então, o dever estatal de realização do direito de antena pode ser reconduzido a três princípios:³⁰⁸ primeiramente, o princípio fundamental de que a comunicação social é matéria de interesse público, ou seja, pertinente ao povo, de forma que é inadmissível o controle particular sobre os meios de comunicação em massa;

Em segundo lugar, o controle dos meios de comunicação social não pode ser deixado aos auspícios do capital, uma vez que existe uma incompatibilidade visceral do sistema capitalista com a verdadeira democracia, visto que esta combina a soberania popular ativa com o respeito integral aos direitos humanos, ao passo que aquele é um sistema oligárquico por sua própria natureza.

Por fim, a superação da dicotomia Estado - sociedade civil sobre a qual se fundou o compromisso histórico entre capitalismo e democracia representativa do

³⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 284.

³⁰⁷ Neste sentido confira-se: SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 285.

³⁰⁸ Tais princípios são concebidos por Fábio Konder Comparato, neste senda, confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**. n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, p. 13 ss.

século XIX também fundamenta uma democratização dos meios de comunicação. Isto se dá porque no campo do sufrágio a evolução rumo à sua universalização se deu de forma lenta, gradual e segura em relação aos interesses das classes dominantes. Do voto censitário ao voto universal (passando pela admissão das mulheres, negros, analfabetos) demorou tempo suficiente para que as classes dominantes estivessem seguras de que podiam controlar o mecanismo eleitoral, sobremaneira graças à criação de um eficiente sistema de legitimação representado pelos meios de comunicação em massa.³⁰⁹

Assim, democratizar o acesso aos meios de comunicação em massa significa combater de forma eficaz o artifício de transformar a população em massa de manobra no processo eleitoral, fortalecendo assim o processo democrático e auxiliando a superação de uma democracia meramente formal e a construção de uma democracia material, sincera, genuína.

Como bem ressalta Daniel Sarmento, "a liberdade de expressão não pode ser privilégio da pequena elite que possui os jornais, emissoras e rádio e de televisão, ou que tem os recursos para adquirir o tempo ou espaço neste veículos necessários para exposição de suas ideias. Ela deve valer para todos e sem a intervenção do Estado, ela nunca valerá para todos." ³¹⁰

Assim, o papel de estatal de democratização do acesso aos meios de comunicação emerge não somente da própria liberdade de expressão, mas também do princípio maior da igualdade que lhe se apresenta como fundamento. Dessa feita, o Estado não pode aceitar de forma passiva a realidade fática de concentração dos meios de comunicação em massa.³¹¹

Nesta senda, destaca-se o pensamento de Cláudio Chequer para quem:

O princípio da igualdade adquire um papel importante na determinação das bases que servirão para construir o acesso à liberdade de expressão, não podendo essa liberdade resultar da aceitação silenciosa dos dados fáticos da situação já encontrada, já que tal situação, muitas vezes, poderá revelar uma igualdade apenas

³⁰⁹ Confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**. n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, p. 15.

³¹⁰ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 288-289

³¹¹ A respeito do papel promocional do Estado em relação a liberdade de expressão, Samantha Ribeiro MEYER-PFLUG pondera que: "Verifica-se que para o homem poder livremente manifestar suas ideias e opiniões é necessária a proteção do Estado, no sentido de garantir o exercício desse direito individual e também de regular os meios para que essa transmissão de ideias e opiniões possa ocorrer de maneira eficaz". MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

formal ou até mesmo uma completa desigualdade, materializando-se, assim, em situações já consolidadas de opressão e discriminação, situações essas que não admitem um debate público saudável e vantajoso. O princípio da igualdade deve ter como objetivo garantir a existência, inteireza e condição de acesso de uma esfera pluralista de discussão pública exigindo-se o afastamento de eventuais discriminações já consolidadas no passado.³¹²

Contudo, deve-se ter presente que o dever estatal de promoção do acesso aos meios de comunicação em massa é apenas um dos deveres decorrentes da garantia do direito de liberdade de expressão, inclusa a expressão religiosa (e como visto da garantia de um direito difuso ao meio ambiente, o que possibilita a todos em igual medida a exploração do espectro eletromagnético), dentre tantos outros.

Não se pode olvidar que a liberdade de expressão somente poderá ser verificada onde coexistirem condições necessárias ao seu exercício, tais como o fornecimento de prestações de saúde, educação, alimentação adequada, entre outros. Entretanto, o papel estatal na democratização do acesso aos meios de comunicação em massa foi destacado no presente trabalho dada sua relevância para discussão do tema proposto.

Ainda no que toca a função prestacional da liberdade de expressão, deve-se destacar o posicionamento daqueles para os quais esta cria para o Estado um dever de regular o discurso proferido, a fim de proteger outros interesses mais importantes no caso concreto. Todavia, esta opinião está longe de ser pacífica na doutrina dos direitos fundamentais, em especial sobre as liberdades.

Em termos genéricos pode-se afirmar que existem duas concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa: uma libertária e uma democrática.³¹³ Em relação à primeira concepção, a libertária, pode-se afirmá-la centrada na figura do emissor da

³¹² CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

³¹³ A respeito de tal terminologia para designar os dois pólos de discussão a respeito da liberdade de expressão, ressalte-se que enquanto Gustavo Binenbojm e Owen Fiss utilizam-se das denominações libertária e democrática a fim de indicar as duas correntes, Daniel Sarmento utiliza-se das expressões libertária e ativista para denominar as mesmas correntes. A este respeito confira-se respectivamente. BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 5, p. 1-19, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2006. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2014; FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. e SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

mensagem, quem quer que seja o sujeito que realize atividade expressiva de ideias como um artista, um escritor, um jornalista, um religioso, etc.³¹⁴

Para esta teoria, a liberdade de expressão visa proteger fundamentalmente a autonomia individual possibilitando ao emissor da mensagem, única figura protegida pela liberdade de expressão, o direito de exprimir seus pensamentos sem interferências externas. Tal concepção se mostra refratária a qualquer intervenção estatal em matéria comunicativa, decorrendo de uma ideia deveras simplista a respeito da autonomia comunicativa, a qual estaria circunscrita à figura do emissor do discurso, ignorando-se de forma completa a autonomia do receptor e que equipara a autonomia individual à simples ausência de constrangimentos impostos pelo Estado à ação individual.³¹⁵

Por sua vez, a teoria democrática da liberdade de expressão a concebe como um instrumento de autogoverno, uma vez que, por seu intermédio, se possibilita que os cidadãos sejam informados livremente a respeito dos assuntos de interesse geral e, por conseguinte, que se tornem aptos a formar livremente suas convicções.³¹⁶ A partir de uma concepção democrática da liberdade de expressão, a autonomia individual é menos centrada no emissor da mensagem que nos receptores, o quais nela encontram a devida consideração.

Segundo Daniel Sarmento, a teoria democrática da liberdade de expressão é a que compreende corretamente a ideia de autonomia individual na esfera comunicativa, pois nesta doutrina a autonomia encontra-se ao mesmo tempo relacionada com todos os partícipes dos diálogos sociais (emissores e receptores) e associada à real capacidade dos indivíduos de se comunicar.³¹⁷ Tomada desta forma a autonomia individual, a liberdade de expressão não será realizada com uma posição absenteísta dos poderes públicos, uma vez que passa a reclamar ações positivas.

Neste diapasão, o pluralismo de ideias e de informações se mostra importante não somente para que o cidadão atue conscientemente na esfera pública, mas para que

³¹⁴ Neste sentido, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. as liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 5, p. 1-19, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2006, p. 4. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2014.

³¹⁵ No mesmo sentido, confira-se por todos: SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 287.

³¹⁶ Neste sentido, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. as liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 5, p. 1-19, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2006, p. 4. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2014.

³¹⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 287.

os indivíduos possam traçar os seus planos de vida e realizar de forma autônoma suas escolhas existenciais. Desta feita, uma atuação positiva do Estado com o intuito de proteger o pluralismo no âmbito comunicativo se mostra perfeitamente compatível com o escopo de proteção e promoção da autonomia individual.³¹⁸

Contudo, estas ações em vista de realizar o pluralismo e, via de consequência, a autonomia individual, não se resumem a buscar por democratização do acesso aos meios de comunicação que se mostra um mecanismo dentre outros possíveis e necessários. Não raras as vezes é imperiosa uma ação estatal no sentido de regulação, a qual somente poderá ser legitimamente concebida a partir da concepção democrática da liberdade de expressão.

Nesta senda, há quem reconheça que, não obstante o constitucionalismo pátrio parecer ter retirado do Estado a possibilidade de impedir que uma informação ou ideia circule em vista do princípio da responsabilização ulterior pelos danos causados em decorrência do abuso ou mal uso da liberdade de expressão (artigo 5º, V e X da Constituição Federal), em situações excepcionais o Judiciário pode impedir a circulação de determinada ideia ou notícia, com fundamento na proteção à dignidade humana.³¹⁹

Tanto a teoria libertária quanto a teoria democrática da liberdade de expressão despertam críticas e perplexidades. Quanto a teoria libertária, não se verifica resposta para a circunstância de que, ao se garantir a autonomia dos emissores poderosos, (identificados com aqueles que detêm o poder sobre os meios de comunicação em massa), em termos praticamente absolutos, a autonomia dos que não têm acesso a veículos igualmente poderosos fica comprometida e o público em geral acaba por ter acesso tão somente aos conteúdos e versões disponibilizados por tais emissores.³²⁰

A seu turno, a concepção democrática a respeito da liberdade de expressão parece conferir ao Estado o papel de curador da qualidade do discurso público, atribuindo-lhe a responsabilidade de decidir o que deve, o que merece e o que não merece ser dito. Então, o controle estatal do discurso público poderia descambar para a

³¹⁸ Neste sentido, confira-se: SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 288.

³¹⁹ REIS, Carine Delgado Caúla. A dignidade da pessoa humana como limite ao exercício da liberdade de expressão. In: LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**. caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 256.

³²⁰ Neste sentido, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 5, p. 1-19, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2006, p. 5. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2014.

censura, de forma que a regulação do conteúdo ou da forma do discurso dos agentes sociais apresentaria consequências ainda mais nefastas que a livre manifestação das forças do "mercado de ideias." ³²¹

Não obstante tal consideração, não se pode conceber a liberdade de expressão como uma liberdade meramente negativa que impõe ao Estado uma posição absenteísta frente ao direito do emissor do discurso. Como dito alhures, tal liberdade combina uma dimensão defensiva (contra as ingerências indevidas das autoridades estatais) e uma dimensão protetiva ou prestacional a qual demanda uma intervenção estatal com a finalidade de efetivação do seu viés participativo.

Por isto, a concepção democrática da liberdade de expressão é a que melhor se coaduna com o estágio atual do Estado Democrático de Direito. Isto porque, enquanto o liberalismo do século XIX, definido por reivindicações por liberdade individual, resultou em uma demanda por um governo limitado, a seu turno, o liberalismo atual acolhe ao lado do valor da liberdade o valor da igualdade e reconhece o papel estatal na proteção e promoção destes dois valores. ³²²

Entretanto, tendo em vista os riscos acima expostos em relação a uma concepção democrática da liberdade de expressão, que apesar deles se mostra mais adequada, a atividade estatal no que toca a regulação do discurso deve ser realizada com as devidas precauções a fim de se evitar que ela se transforme em um instrumento de censura velada ou de imposição dos pontos de vista dos que governam no debate público.

Nesta quadra, Daniel Sarmiento sugere que a intervenção do Estado, no sentido de promoção do pluralismo, deva ser realizada *a posteriori* além de se encontrar submetida a um amplo controle tanto social como jurisdicional, evitando-se os problemas acima apontados. Caso o contrário, a ação estatal ao invés de promover a liberdade de expressão, acaba por vilipendia-la. ³²³

Neste diapasão Luis Roberto Barroso pondera que "como regra, só cabe examinar o conteúdo de uma manifestação de pensamento *a posteriori*. Somente em situações excepcionais é possível sua interdição prévia, mesmo por ordem judicial. As

³²¹ Neste sentido, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. as liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 5, p. 1-19, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2006, p. 5. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2014.

³²² Neste sentido confira-se FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

³²³ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 297.

violações eventuais devem resolver-se em perdas e danos, apurados mediante devido processo legal."³²⁴

Neste sentido também é a lição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem as restrições à liberdade de expressão devem ser determinadas por ordem judicial no âmbito do devido processo legal e somente podem ser impostas tendo em vista salvaguardar outros direitos cuja proteção não poderia ser realizada por intermédio de outra medida menos gravosa. Nesta quadra, os autores advertem que a concessão de medida liminar deve ocorrer em raríssimos casos, uma vez que o direito invocado com o intuito de limitar a liberdade de expressão, na maioria das vezes pode ser composto com a indenização por dano moral.³²⁵

Estes cuidados se mostram ainda mais valiosos quando se trata de discurso religioso, uma vez que a censura ou a imposição de uma visão de mundo religiosa qualquer que seja, representaria não somente uma ofensa à liberdade de expressão, bem como ao princípio da laicidade insculpido no artigo 19, I da Lei Maior o qual, como visto, exige uma neutralidade estatal em matéria religiosa.

Certamente uma intervenção estatal *a posteriori* e submetida ao controle social e jurisdicional se mostra afinada com a sistemática da liberdade de expressão implementada pelo direito constitucional positivo que, como dito alhures, é garantida independentemente de censura ou licença prévia na forma do artigo 5º, IX da Constituição Federal de 1988.

Por enquanto conclui-se que a dimensão prestacional (ou protetiva) da liberdade de expressão também impõe ao Estado um dever de regulação. Todavia, esclareça-se que a discussão a respeito desse dever de intervenção estatal no discurso como um dever decorrente da própria liberdade de expressão, será retomado e melhor desenvolvido no capítulo três do presente trabalho, quando se abordará a respeito da necessidade de restrição do discurso religioso a fim de compatibilizar a liberdade de expressão religiosa com outros direitos fundamentais.

2.4 Meios para o exercício da liberdade de expressão: corte epistemológico.

³²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365.

³²⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito à informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51.

Vista a liberdade de expressão como direito fundamental assegurado na lei maior, a partir do qual se permite a expressão do sentimento religioso e do proselitismo, e firmadas as principais posições jusfundamentais relacionadas a dimensão defensiva e protetiva deste direito, faz mister dedicar algumas linhas a respeito dos meios que poderão ser empregados no seu exercício.

O desejo de expressar ideias e concepções é tão antigo quanto a própria existência humana. Prova disto é a descoberta de diversas pinturas rupestres realizadas pelos humanos mais primitivos, com o intuito de retratar o seu modo de vida. O desenvolvimento da fala seguramente representou uma revolução no que toca a comunicação humana, possibilitando os indivíduos expressarem e defenderem suas ideias, concepções e percepções dos diversos domínios da vida.

A revolução neolítica, que marca o período em que o desenvolvimento da agricultura e da pecuária permitiram ao homem fixar morada em um local, deixando a condição de nômade, possibilitou o surgimento das cidades. Tão logo, surgiu a escrita verificada em civilizações cuja existência data de milênios atrás. Agora o homem poderia propagar ideias sem a necessidade de estar no mesmo local do seu interlocutor.

Como dito alhures, a prensa móvel, um processo gráfico aperfeiçoado por Johannes Guttenberg no século XV, passou a ser utilizada a partir do século XVIII para imprimir jornais, o que representou a possibilidade de pulverização de ideias. É o berço da imprensa e até os dias de hoje um importante instrumento a serviço das liberdades comunicativas.³²⁶

Conforme exposto no tópico anterior, Guglielmo Marconi no começo do século XX, desenvolveu técnicas para a transmissão de ondas de rádio, o que lhe rendeu o prêmio Nobel de física de 1909 e propiciou o nascimento da radiodifusão. Na década de 1920, o rádio se desenvolveu revolucionando a comunicação social, uma vez que "a técnica de emissão de ondas hertzianas ampliou a capacidade de comunicação

³²⁶ A palavra imprensa é contemporânea do surgimento da prensa (maquina de imprimir) e originariamente conotava o próprio produto da maquina, o papel impresso. Contudo, com o passar do tempo, a palavra se desvinculou do seu sentido original e passou a designar uma atividade ou conjunto de atividades de caráter profissional e empresarial, transformando-se em um sinônimo de jornalismo. Assim, imprensa passou a designar um conjunto de processos de difusão da informação jornalística por veículos impressos (imprensa escrita) ou eletrônicos (imprensa falada). Neste sentido confira-se. LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31-32; PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271.

simultânea, para alcançar a multidão dos iletrados, primeiro em lugares fixos e depois em qualquer lugar, mediante aparelhos portáteis" ³²⁷

Nos anos de 1950 a teledifusão surgiu e se desenvolveu no Brasil para se tornar, sem dúvida, o maior meio de comunicação social. Nesta senda, deve-se ter presente que "a única situação especial é que a mensagem televisiva pode atingir público de menor maturidade ou discernimento – muitas vezes destinatário passivo da comunicação -, sujeitando-o a efeitos socialmente indesejáveis na sua formação ou no seu comportamento." ³²⁸

Surgida na década de 1970, a rede mundial de computadores se popularizou na década de 1990 e nos anos 2000, transformando-se em um meio eficaz de difusão de ideias e, portanto, em um importante instrumento a serviço do direito à liberdade de expressão, inclusa a liberdade de expressão religiosa.

Neste quadrante, visto que não somente o rádio e a TV são meios de comunicação social que podem ser utilizados pelos indivíduos e pelas confissões religiosas com o intuito de disseminar sua doutrina e conquistar novos fiéis, faz-se mister esclarecer o corte epistemológico ora realizado.

Primeiramente, deve-se destacar que o alcance da mensagem comunicada no rádio e televisão é muito maior do que o promovido por outros meios. Ademais, o poder exercido por estes meios de comunicação em massa não pode ser ignorado, visto que atualmente se mostram "elementos objetivos da alteração da forma de fazer política e das relações entre o povo e seus governantes. O contato pessoal entre o político e o cidadão é cada vez mais sobrepujado pela comunicação via rádio e televisão." ³²⁹

Atualmente transformados nos maiores meios de se obter informação, não há como ignorar o poder de determinação da agenda que o rádio e a televisão possuem, ou seja, determinar os assuntos merecedores de destaque e da atenção dos cidadãos/espectadores e, via de consequência, de serem exigidos dos Poderes Públicos tornando-se pauta de reivindicações. Deve-se ter presente que a comunicação por intermédio destes meios dispensa uma postura ativa do interlocutor que tão somente

³²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**, n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001, P. 10.

³²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

³²⁹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 143.

ouve ou a assiste a programação, permitindo aos comunicadores alcançar aqueles que não sabem ler, por exemplo.

Destaque-se ainda que, a radiodifusão necessita de meios físicos para transmissão seja dos sons, seja de imagens e atualmente a comunicação realizada por estes meios ainda é feita em grande parte por meio de ondas. Lado outro, o espectro eletromagnético por onde se transmitem tais ondas é um bem natural e limitado, o que tem por consequência a diminuição drástica do número de indivíduos (ou confissões religiosas) que se utilizarão destes meios.³³⁰

Então, tendo em vista o tamanho da população brasileira que passa dos duzentos milhões de pessoas, enquanto poucos poderão ter acesso à utilização do rádio e da televisão para difundir suas ideias, muitos ou quase todos terão acesso apenas para ouvir e assistir as mensagens.

Ocorre ainda que o espectro eletromagnético enquanto bem ambiental é um bem de titularidade coletiva e difusa, como dito alhures, de modo que não pode servir exclusivamente aos interesses de ninguém, seja do Estado seja dos particulares, pois pertencente a todos. Daí resulta justamente a necessidade de democratização do acesso a estes meios de comunicação em massa.

Nesta senda, Celso Antonio Pacheco Fiorillo assevera que:

O direito de captação da comunicação, bem como o de sua transmissão, quando baseado em ondas eletromagnéticas, teve sua gênese como direito adaptado a bem de uso comum do povo, vale dizer, tanto o Estado, a sociedade civil organizada, como o cidadão, ainda que solitário, podem exercer o direito de antena, regrados que estão, fundamentalmente, pelas diretrizes descritas no art. 1º, I a V, da Constituição Federal de 1988.³³¹

Além do poder exercido pelo Rádio e pela Televisão, a exploração do espectro eletromagnético há muito encontra-se sob os auspícios do Estado sendo concebida como serviço público. Assim, a titularidade da exploração deste bem ambiental foi conferida ao Estado, que pode permitir que sua exploração seja realizadas por particulares, incluso confissões religiosas.

Há inclusive quem defenda que a concepção da rádio e teledifusão como serviços públicos justifica-se ante a necessidade de estabelecimento de um uso

³³⁰ Neste sentido confira-se LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148.

³³¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183.

racionalizado do espectro eletromagnético, um bem limitado por natureza. Neste sentido, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes argumenta que "da junção da escassez com a necessidade de uso racionalizado surge inequívoca a necessidade do Estado para possibilitar o bom uso de um bem escasso e relevante para o desenvolvimento dos cidadãos e da nação."³³²

Assim, partindo da noção de que a prestação de um serviço público está relacionada com a satisfação de necessidades dos indivíduos, o que envolve a utilização de bens e serviços a partir de recursos escassos,³³³ verifica-se a inserção da rádio e teledifusão nestes requisitos da caracterização do serviço público já que diz respeito a satisfação de necessidades (a comunicação é uma necessidade fundamental no mundo contemporâneo) e a utilização de recursos escassos.

Sendo assim, uma vez que o rádio e a televisão se tornaram os meios mais privilegiados de divulgação de informações, ideias, debates, doutrinas religiosas, entre outros, e tendo em vista que poucos terão acesso a estes meios para divulgar seu pensamento, emerge para o Estado não somente o papel de disciplinar o uso racional do espectro eletromagnético do ponto de vista técnico (impedindo interferências na comunicação, por exemplo), mas de estabelecer regras para eleição dos concessionários de rádio e TV, visto seu importante papel no desenvolvimento da sociedade e o grande privilégio que possuem de explorar estações de rádio e televisão.³³⁴

Nesta quadra, a própria Carta Constitucional em seu artigo 221 determina uma série de princípios cuja realização é imperiosa no que toca à produção e a programação das emissoras de rádio e televisão. Segundo este dispositivo a produção e programação no rádio e na TV deve: preferencialmente atender a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (inciso I); buscar promoção da cultura nacional e regional além de estimular a produção independente bem como sua divulgação (inciso II); buscar a regionalização da produção cultural, artística e jornalística (III); e respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Então, em virtude do preceito constitucional supra, o Estado tem o dever de fiscalizar a observância dos princípios constitucionais da comunicação social, e de

³³² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148.

³³³ Neste sentido confira-se por todos. GRAU, Eros Roberto. **Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 138-139.

³³⁴ Neste sentido, confira-se LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 149-150.

tomar o cuidado de conceder a exploração do espectro eletromagnéticos àqueles que observarão tais princípios.

Neste cenário, interessante notar se, como e em que medida o Estado pode interferir em uma manifestação religiosa quando realizada por intermédio destes meios de comunicação, tendo em vista tais princípios constitucionais a serem observados e o fato de que, não raras vezes, a liberdade de expressão religiosa poderá entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais daqueles que captam as mensagens veiculadas.

Tudo isto sem descurar que a proteção da liberdade de expressão religiosa é dever decorrente de dois direitos fundamentais, quais sejam: a liberdade religiosa e a liberdade de expressão, emergindo como um transbordamento de ambas as liberdades que se encontram conectadas pela ponte matricial representada pela liberdade de consciência.³³⁵ Está é justamente a temática central do próximo capítulo.

³³⁵ Neste sentido, confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO: Soluções constitucionalmente adequadas para as colisões entre o direito à liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores

O presente capítulo, que encera este trabalho, tem por escopo o estudo acerca das soluções para o conflito do direito à liberdade de expressão religiosa, quando este se dá por intermédio do rádio e da televisão, com outros direitos dos ouvintes e telespectadores. Para tanto, ele é dividido em quatro partes: primeiramente é necessário delimitar o que se entende por discurso religioso (a mensagem religiosa expressada), delimitação esta que passa inexoravelmente pela definição do que vem a ser religião no sentido jurídico da acepção.

Em seguida se faz necessário dedicar algumas linhas à problematização do chamado discurso de ódio, perscrutando-se se de alguma forma um discurso religioso pode revelar-se como tal, o que tornaria imperiosa uma ação estatal no sentido de limitá-lo com o intuito de proteger as vítimas de tal discurso.

Após, analisa-se a colisão entre a liberdade de expressão religiosa daqueles que se utilizam do rádio e da televisão para exercitá-la e alguns direitos da personalidade dos ouvintes e telespectadores, o que revela a necessidade de compatibilização entre tais direitos, utilizando-se da ponderação como instrumento e sempre em vistas do caso concreto.

Finalmente, busca-se traçar parâmetros para soluções constitucionalmente adequadas para os conflitos entre o direito à liberdade de expressão religiosa, quando exercido no rádio e na televisão, e os demais direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores.

3.1 O discurso religioso e a proteção à liberdade de divulgação da crença religiosa

A fim de delinear o que vem a ser entendido por discurso religioso, faz-se mister dedicar algumas linhas no sentido de delimitar a própria acepção jurídica da palavra religião. Esta tarefa deve ser cercada de muitos cuidados, isto porque, como visto alhures, a religião está intimamente vinculada a consciência do indivíduo. Some-se a isto o princípio do Estado Laico insculpido no artigo 19, I da Constituição que obriga o Estado a manter uma posição de neutralidade no que toca a religião.

A necessidade de atribuir um conteúdo semântico para o termo religião, geralmente relacionado à adoção de uma divindade e assentado no reconhecimento e afirmação da dependência humana frente a poderes naturais ou sobrenaturais, propiciou a concepção de três conceitos distintos.

Primeiramente, a partir da concepção comum da religião, buscou-se uma definição conceitual substancialista e essencialista para ela. Então, de acordo com o conceito substancial-objetivo de religião, esta pode ser definida com base nos elementos da divindade, moralidade e culto.³³⁶

Assim, uma crença poderia ser identificada como religiosa quando nela se faça referência ao sobrenatural, à entidades ou instituições supremas, à valores últimos, à problemas últimos, à símbolos, ritos, cultos, etc.³³⁷ Como consequência, a possibilidade de invocação do direito à liberdade religiosa dependeria do conteúdo da crença em questão.

Contudo, a adoção de um conceito substancial-objetivo de religião, apresenta uma série de inconvenientes que não podem ser tolerados em um Estado que se pretenda Democrático e de Direito. Primeiramente, surge o grande problema de definir quem teria competência para elaborar o conceito, se o Legislador ou o Juiz.

Neste sentido, Jónatas Machado assevera que "A adoção de um tal conceito daria como provada, de forma aproblemática e acrítica, a própria possibilidade de uma tal definição, e, bem assim, a competência dos órgãos estaduais, legislativos ou jurisdicionais, para procederem à sua elaboração." ³³⁸

³³⁶ Neste sentido confira-se: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 210. No mesmo sentido, WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 99.

³³⁷ Neste sentido, Jónatas Machado recorrendo à lição de A. J. M. Milne esclarece para uma definição substancial-objetiva de religião, esta significaria: a) crença no sobrenatural; b) crença na dependência do natural relativamente ao sobrenatural; c) crença na origem sobrenatural de certas instruções para a vida, em virtude das quais existe um obrigação de conformação a elas; d) crença na verdade de uma afirmação definitiva nas apenas das instruções reveladas, mas também em relação aos atributos do sobrenatural bem como na sua autoridade deste sobre o natural de forma a justificar aquelas instruções; e) um grupo de pessoas que professe uma crença como esta última; f) por fim, uma associação baseada na crença da verdade de uma afirmação definitiva e na autoridade do sobrenatural sobre o natural, mantida pelo grupo que professa esta crença, com o objetivo de possibilitar aos membros darem expressão prática aos compromissos baseados nas instruções para a vida reveladas pelo sobrenatural. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 210.

³³⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 210-211.

Além da dificuldade em definir qual órgão do Estado é o responsável pela definição do que é religião, há ainda os desafios inerentes em fazê-lo, tendo em vista a diversidade dos sistemas de crença a qual torna muito difícil a tarefa de distinguir uma crença religiosa de outras concepções ideológicas e filosóficas.³³⁹ Todavia, o principal problema ocasionado por uma definição essencialista do fenômeno religioso é a abertura de flanco para o desrespeito às minorias.³⁴⁰

Nesta quadra, Jónatas Machado pondera que:

Em direito constitucional, o imperativo de protecção de minorias e indivíduos nem sempre pode contar com as evidências do senso comum. Como a experiência constitucional tem mostrado, uma vez adoptada uma definição substantiva da religião, o que se verifica é que a sua pretensa essencialidade acaba por traduzir-se, não poucas vezes, na prevalência das pré-concepções dos operadores jurídicos.³⁴¹

Some-se a isto o fato de que os membros de confissões religiosas minoritárias, recentes, pouco divulgadas, correm o risco de ver sua liberdade religiosa vilipendiada. Pois os critérios definidores de uma crença como religiosa serão retirados de referências intuitivas (sobrenatural, culto, liturgia, doutrina, etc.) às religiões majoritárias.

Isto teria como resultado prático um julgamento das minorias religiosas e, até da consciência individual dos adeptos de tais religiões, de acordo com parâmetros valorativos morais da maioria. Nesta quadra, há o risco de uma avaliação dos grupos religiosos menos populares tomando-se por referência as religiões mais convencionais, algumas existentes há milênios.³⁴²

³³⁹ Confira-se: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 211. No mesmo sentido, vide: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 99.

³⁴⁰ Neste diapasão, importante ressaltar o papel contramajoritário exercido pelos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem a liberdade religiosa, a liberdade de expressão e a liberdade de expressão religiosa, como desdobramento de ambos. A respeito da função referida, vide nota n 8 e confira-se MARINHO, Sérgio Augusto Lima; BORGES, Alexandre Walmott. O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do Poder Judiciário brasileiro perante omissões legislativas. In VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE**: Direitos Fundamentais e Democracia II. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

³⁴¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 211.

³⁴² Confira-se: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 212.

A liberdade religiosa deve ser garantida de forma inclusiva em um Estado Democrático e de Direito, por isto, uma definição substancial da religião não se mostra conveniente, uma vez que tal definição não é apta a garantir dita inclusividade.

Ademais, como visto alhures, a garantia da liberdade religiosa impõe ao Estado não somente um dever de não impor uma religião aos cidadãos, mas de se manter neutro em matéria religiosa.³⁴³ Esta exigência de neutralidade provavelmente não seria respeitada a partir de uma definição substancial da religião, sempre pairando dúvidas sobre as soluções adotadas.³⁴⁴

Por fim, deve-se destacar que uma pretensão estatal em prescrever o que todas as religiões devem ser, representaria o estabelecimento estatal de uma ortodoxia religiosa o que, além de representar um ofensa à laicidade estatal, criaria uma barreira ao desenvolvimento espontâneo do fenômeno religioso e o deixaria sem a proteção jurídica adequada.³⁴⁵

Em virtude dos problemas suscitados acima, doutrina e jurisprudência envidaram esforços no sentido de construir um conceito de religião de modo a alargar seu alcance que passou a ser compreendida como qualquer forma consciente de crença que ocupe na vida da pessoa um espaço funcionalmente equivalente ao reservado às crenças religiosas de tipo deísta.

Então, a religião deixa de ser compreendida sobre um prisma substancial-objetivo e passa a ser definida sob um prisma funcional-subjetivo. Assim, "na qualificação de uma crença como religiosa prescinde-se, agora, de quaisquer exigências objetivas ligadas, designadamente, ao seu carácter aceitável, lógico, consistente e compreensivo." ³⁴⁶

³⁴³ Sobre a laicidade como dever estatal frente a garantia da liberdade religiosa vide 1.4.

³⁴⁴ Neste sentido, Jónatas Machado pondera que "Do ponto de vista constitucional, tal solução teria sempre sobre si uma aura de suspeição, dificilmente satisfazendo as exigências de neutralidade estadual de uma sociedade aberta e pluralista." MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.** Coimbra: Coimbra, 1996, p. 212.

³⁴⁵ Nesta senda, mais uma vez se recorre a lição do Autor de Coimbra para quem "Na verdade, ao pretender prescrever o que todas as religiões, presentes e futuras, devem ser, uma tal definição significaria o acolhimento constitucional, em termos caracteristicamente jurisdicionais, de uma determinada *ortodoxia* religiosa, correndo sérios riscos de se tornar num obstáculo ao desenvolvimento espontâneo e imponderável da autocompreensão religiosa dos indivíduos e dos grupos, e deixar sem proteção jurídica adequada, tanto a assim criada *heterodoxia*, como a independência moral-prática individual." MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.** Coimbra: Coimbra, 1996, p. 212.

³⁴⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.** Coimbra: Coimbra, 1996, p. 214.

Dito de outro modo, desvincula-se a concepção de religião aos paradigmas tradicionais de crença no sobrenatural, símbolos, ritos, cultos, etc., colocando-se a ênfase na consciência moral do indivíduo, contando-se para a caracterização de uma crença como religiosa com o elemento subjetivo da sinceridade, com a qual tal crença seja individualmente sustentada.

Apesar deste conceito funcional-subjetivo afastar os problemas causados pela necessidade de o Estado definir quais elementos (de forma objetiva) caracterizam uma confissão religiosa, ele apresenta problemas justamente ante a necessidade estatal de verificar a sinceridade das convicções individuais, a fim de proteger suas crenças dentro do âmbito do direito à liberdade religiosa.

Nesta senda, Jónatas Machado aponta para dois problemas ocasionados por uma definição funcional-subjetiva da religião. Primeiramente, existe o risco de que o indivíduo seja submetido a um exame inquisitorial das suas convicções e que, ante a ausência de indicadores seguros para medir o estado psicológico, possa ter de suportar agressões à consciência.³⁴⁷

A seu turno, a tentativa de evitar a institucionalização de um processo inquisitorial das convicções individuais, abriria flanco para um indesejável e incerto subjetivismo baseado em um princípio de autodefinição pelo qual o Estado se veria obrigado a aceitar como religiosa, independentemente da exigência de sinceridade, uma crença qualquer tão somente por ela ter sido assim designada pelo seu titular.³⁴⁸ Deste modo, o indivíduo se beneficiaria de uma hipotética vantagem que a ordem jurídica fizesse corresponder ao fator religioso.

Por exemplo, um indivíduo, ciente da limitação ao poder de tributar do Estado imposto no artigo 150, VI, b da Constituição que não permite a instituição de imposto sobre os templos de qualquer culto, poderia afirmar que sua casa morada é na verdade o templo de culto de uma crença qualquer com o intuito de se ver eximido da obrigação do pagamento do imposto predial territorial urbano (IPTU).

Perceba-se que uma definição funcional da religião poderia abrir espaço para a manipulação fraudulenta do direito à liberdade religiosa e, via de consequência, para o

³⁴⁷ Neste sentido, confira-se MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 215. Relacionado a este problema o autor alerta ainda para o fato de que a percepção da sinceridade do indivíduo não deixa de refletir a perspectiva ou o preconceito do julgador a respeito da razoabilidade e da credibilidade das crenças sustentadas, o que aumenta o risco de discriminação contra crenças minoritárias ou pouco convencionais.

³⁴⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 215.

descrédito jurídico-dogmático deste direito bem como para a desvalorização social do fenómeno religioso.³⁴⁹

Ademais, tal definição poderia alargar-se de modo a impossibilitar a diferenciação entre as crenças religiosas e as convicções de outras naturezas como política, filosófica, ideológica, não protegidas pelo direito à liberdade religiosa, mas pela direito à liberdade de consciência como se depreende da interpretação do artigo 5º, VI e VIII da Constituição Federal.³⁵⁰

Pelas razões acima expostas, uma definição funcional-subjetiva de religião também não poderá ser aceita. "O interesse que o método estrutural-funcional pode assumir nas investigações sociológicas não é correspondido num plano jurídico, necessitando de uma dose significativa de certeza e segurança."³⁵¹

Então, com o intuito de alcançar um conceito suficientemente expansivo de religião, mas sem aspirações definitórias, condizente com uma sociedade aberta, pluralista e democrática, e que ao mesmo tempo não se revele demasiadamente amplo a ponto de comprometer a operacionalidade prática do direito à liberdade religiosa, a doutrina desenvolveu um conceito tipológico.

Um conceito de religião constitucionalmente adequado somente pode ter "contornos esfumados, dotados, a um tempo, de razoável densidade e abertura, de forma a conseguir responder às exigências de neutralidade e validade geral que lhes são dirigidas por uma ordem democrática, secular e pluralista." ³⁵²

Este caminho do meio tem como ponto de partida os elementos geralmente considerados típicos do fenómeno religioso, que constituem suas "parecenças de família". Nesta quadra, deve-se destacar o papel de uma ideia de heteronomia, pelo qual os imperativos religiosos sejam compreendidos pelo sujeito não como algo que sua

³⁴⁹ Neste sentido, confira-se: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 216.

³⁵⁰ Esta crítica também é realizada por Jónatas Machado tendo em vista que a Constituição Portuguesa ao positivar o direito à liberdade religiosa em seu artigo 41º também busca diferenciar as crenças religiosas de outras crenças diversas, neste sentido confira-se: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 216.

³⁵¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 217.

³⁵² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 217.

própria consciência lhe impõe, ou seja, que emana de si, mas como imposições inafastáveis de natureza objetiva e exógena.³⁵³

Entretanto, a estes elementos não podem ser reconhecidas a necessidade ou suficiência, que determinariam a qualificação da crença em análise como religiosa. Neste sentido, será importante a similitude ou a diferença que o fenômeno pretensamente religioso assuma com as religiões mais conhecidas ou convencionais. Todavia, até pela necessidade de proteção às crenças minoritárias ou pouco convencionais, essa similitude ou diferença não determinará se uma crença é mais ou menos religiosa, mais um menos digna de proteção.³⁵⁴

Este conceito tipológico, ao mesmo tempo afasta os perigos de uma definição muito restrita ou muito ampla da religião, conferindo uma medida razoável de proteção jurídica aos indivíduos e às confissões religiosas e garantindo a operacionalidade normativa do direito à liberdade religiosa. Tal concepção tem ainda a vantagem de permitir que se exclua do âmbito de proteção da liberdade religiosa convicções de outra natureza que serão protegidas por outros direitos fundamentais (como a liberdade de consciência, por exemplo.)³⁵⁵

A partir destas considerações, pode-se afirmar que o discurso religioso é o que diz respeito à uma crença religiosa, crença esta que, como visto linhas acima, será assim qualificada a partir de filtros que não restrinjam demais a noção de religião, mas que não aceitam como religiosa qualquer crença.

Nesta quadra, importante lembrar que a liberdade religiosa engloba a liberdade de divulgação das crenças,³⁵⁶ a qual consiste na possibilidade de manifestar e difundir a crença. O ímpeto na divulgação da crença religiosa em busca da conversão de novos fiéis não é o mesmo em todas as confissões religiosas, mas em algumas delas é

³⁵³ Confira-se MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 219.

³⁵⁴ Neste sentido, confira-se: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 219.

³⁵⁵ Nos dizeres de Jónatas Machado "Através de um tal conceito tipológico pretende-se ver reduzida ao mínimo a possibilidade de intervenção estadual nos domínios específicos dos conteúdos religiosos e no foro íntimo e reservado da consciência individual." MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 220.

³⁵⁶ Neste sentido confira-se MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 225; no direito pátrio, quem diz a respeito é WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117.

elemento de importância central, como no caso do cristianismo.³⁵⁷ Sem o proselitismo religioso que pode ser definido como um conjunto de comportamentos dirigidos de dentro da comunidade dos crentes para o seu exterior, com o intuito de angariar novos adeptos no "mercado das religiões", a liberdade de mudar de religião não faria sentido.³⁵⁸

Ademais, o direito de divulgar a própria crença advém da unidade essencial existente entre a crença e a conduta humana. Neste sentido, Jónatas Machado pondera que:

As convicções religiosas, como também as convicções de outra natureza, encerram, frequentemente, a assunção íntima e vital de um compromisso existencial e ético, com significativas repercussões comportamentais nos planos político, social, cultura, económico, etc. Se assim é, tais convicções não podem ser artificialmente desligadas da ação humana e que se concretizam e manifestam, justamente com a qual se submetem a uma realidade incindível: o fenómeno religioso.³⁵⁹

Então, é em nome da proteção do indivíduo e da unidade e integridade de sua personalidade que a liberdade religiosa deve proteger a conduta conforme a religião, ou seja, a liberdade de atuação de acordo com as próprias convicções em uma medida tão ampla quanto for compatível com uma ponderação de bens constitucionalmente protegidos. Dentre tais condutas, para a grande maioria das religiões estará justamente a de divulgar a crença com a finalidade de converter outros a ela.

Há que se ter presente que essa busca por novos fiéis pode se dar por intermédio dos meios de comunicação em massa, em especial do rádio e da televisão que, como visto, se utilizam de um bem ambiental (o espectro eletromagnético) de titularidade difusa e coletiva, razão pela qual o acesso a tais meios deve ser possibilitado a todos, incluindo indivíduos e confissões religiosas cuja finalidade na utilização seja a divulgação da sua fé.

Frise-se que esta posição jusfundamental será garantida tanto quanto sua importância for mais elevada que outras posições igualmente constitucionalmente garantidas, o que se sugere que seja verificado no caso concreto por razões que serão a

³⁵⁷ Os cristãos creem que Jesus Cristo tenha ordenado aos seus seguidores que fossem por todo o mundo e pregassem o evangelho de modo que os convertidos e batizados fossem salvos, é o que se lê no Evangelho segundo escreveu Marcos, capítulo 16, versículo 15 e 16 "E disse-lhes: Ide por todo o mundo e pregai o evangelho a toda criatura. Quem crer e for batizado será salvo; mas quem não crer será condenado.

³⁵⁸ Neste sentido, confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117.

³⁵⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 223.

seguir expostas. Isto significa que o proselitismo religioso não será garantido de forma absoluta, podendo ser limitado em diversas circunstâncias como será analisado a diante.

3.2 O problema do discurso de ódio

O discurso de ódio é um dos aspectos mais polêmicos da liberdade de expressão, muito se discutiu a respeito da sua inserção ou exclusão do âmbito de proteção deste direito. Esse discurso pode ser definido com uma "manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias."³⁶⁰

Mais comumente ligado a questão racial, o discurso de ódio não se limita a ela referindo-se a "palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas."³⁶¹

Tal discurso busca desqualificar seus alvos enquanto detentores de direitos, o que representa uma afronta ao valor inafastável da dignidade da pessoa humana, segundo o qual todos os indivíduos possuem um igual valor intrínseco, princípio este ao qual pode ser reconduzido o princípio da igualdade.

Como assevera Wiefried Brugger, a concepção libertária de que mesmo este discurso horrendo esteja protegido pelo direito à liberdade de expressão, remonta as obras de Voltaire, cuja filosofia fora sintetizada na frase "Eu desaprovo o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo". Contudo, uma visão contrária também é possível, argumentando-se que o conteúdo do discurso do ódio se não elimina, ao menos minimiza o seu caráter comunicativo, razão pela qual a expressão de mensagens racistas, por exemplo, deveria ser concebida como uma conduta e não como um discurso, o que lhe retiraria do âmbito de proteção da liberdade de expressão.³⁶²

A concepção de que a liberdade de expressão proteja qualquer manifestação, incluindo-se aquelas que possam fomentar a discriminação e o preconceito contra grupos historicamente marginalizados, encontra vozes em sua defesa ainda nos dias

³⁶⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

³⁶¹ BRUGGER, Wiefried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, vol1, n. 15. p. 117-136. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público -IDP, 2007, p. 118.

³⁶² Confira-se: BRUGGER, Wiefried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, vol1, n. 15. p. 117-136. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público -IDP, 2007, p. 117-118.

atuais. Neste sentido é a lição de Ronald Dworkin, para quem "a essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heróicas, mas também às de mau gosto."³⁶³

O Autor defende que o indivíduo tem uma responsabilidade moral passiva e ativa. Em relação à primeira, deve ser considerado apto a ouvir qualquer opinião que seja para formar sua própria consciência moral e política. Em relação à segunda, não somente deve ser considerado capaz de construir suas convicções próprias, mas de expressá-las para os outros.³⁶⁴

Assim, o Estado frustra e nega importante aspecto da personalidade moral dos indivíduos quando impede que algumas pessoas exerçam esta dupla responsabilidade moral, justificando tal impedimento na alegação de que as convicções do indivíduo o desqualificam para o exercício destas responsabilidades.

Nesta quadra, em defesa da mais ampla liberdade de expressão, Ronald Dworkin pondera que:

Na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, não pode negar nenhuma desses dois aspectos da responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar. Se o Estado faz isso, abre mão de um aspecto substancial da sua reivindicação de poder legítimo. Quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político; assim como os cidadãos têm o direito de participar da política, também têm o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético.³⁶⁵

A própria dignidade humana, no seu sentido de autonomia individual, é invocada por aqueles que defendem a proteção constitucional do discurso do ódio, os quais afirmam que o indivíduo deve ser considerado como um ser autônomo para tomar suas próprias decisões sobre aquilo que deseja ou não ouvir, e assim formarem suas próprias convicções.

Neste diapasão, Ronald Dworkin assevera que:

³⁶³ DWORKIN, Ronald. Expressão, Consciência, Sexo. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. Expressão, Consciência, Sexo. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Expressão, Consciência, Sexo. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

As pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral dele quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. **Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.**³⁶⁶

Contudo, a dignidade humana no sentido de um valor intrínseco a todos os indivíduos, também é utilizada como fundamento para aqueles que pretendem barrar este discurso. Assim, o Estado deve agir no sentido de regular o discurso de incitação ao ódio, fundando-se na teoria de que esta expressão denigre o valor de suas vítimas e dos grupos dos quais elas fazem parte.³⁶⁷

O problema do discurso do ódio despertou na doutrina e jurisprudência norte-americana um debate a respeito dos valores da liberdade e da igualdade, buscando-se decidir a respeito da regulação desta manifestação ou de sua possibilidade a partir da primazia de um ou de outro princípio.

Como explica Owen Fiss, os que favorecem a liberdade de expressão permitindo tal manifestação, o fazem tendo em vista o papel de assegurar a igualdade por ela desempenhado durante os anos de 1960, afirmando que um debate aberto e livre é uma precondição para a conquista de uma igualdade verdadeira e substantiva. Entretanto, Fiss lembra que o contrário também pode ocorrer, "que uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas."³⁶⁸

Essa situação leva a um impasse, que a constituição norte americana estudada por Fiss não fornece soluções. Não há como afirmar qual dos dois princípios deve

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. Expressão, Consciência, Sexo. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319. (não ostenta os grifos no original).

³⁶⁷ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40.

³⁶⁸ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42.

prevalecer, se a liberdade ou se a igualdade, razão pela qual não será esta dicotomia que solucionará o problema do discurso do ódio.³⁶⁹

Assim, o autor enquadra o problema do discurso do ódio tão somente dentro do princípio da liberdade, afirmando a necessidade de uma atuação estatal no sentido de regulamentá-lo tendo em vista a realização da própria liberdade de expressão. Para tanto, Fiss argumenta que o discurso do ódio pode representar uma ameaça à própria liberdade de expressão em vista do efeito silenciador que pode produzir.³⁷⁰

Segundo o autor, esta expressão pode tornar impossível que suas vítimas participem da discussão, uma vez que tende a diminuir sua auto-estima impedindo-as de participar de várias atividades da sociedade civil entre as quais se inclui o debate público. Assim a solução clássica de garantia de mais discurso seria completamente inócua.

Nas palavras do autor:

Com a pornografia, discurso de incitação ao ódio e regulação das campanhas, porém, a alegada ameaça à liberdade advinda do discurso é mais direta e imediata. O argumento não é o de que o discurso convencerá os ouvintes a agir de uma certa forma - por exemplo, criando uma nova forma de ditadura ou subjugando vários grupos desfavorecidos da sociedade. Ao revés, o medo é que o discurso tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão. Neste contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio. Aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo. Afirma-se que o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. **Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem.**³⁷¹

Em prol da posição de garantia de proteção constitucional, mesmo ao discurso de ódio, poder-se-ia afirmar que ao barrá-lo o Estado estaria tomando partido em relação determinada manifestação ofendendo o princípio da neutralidade de conteúdo. Isto seria ainda pior em caso de discurso de ódio relacionado à religião, tendo em vista o

³⁶⁹ Acredita-se que o mesmo ocorra em relação a Constituição Federal do Brasil de 1988, que no caput do artigo 5º, antes de assegurar a inviolabilidade do direito a liberdade afirma que todos são iguais perante a lei, o que não permitir afirmar a prevalência de um outro princípio em abstrato.

³⁷⁰ A respeito do efeito silenciador do discurso do ódio bem como da pornografia e do financiamento privado de campanhas eleitorais, confira-se FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-65.

³⁷¹ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47. (sem grifos no original).

princípio da neutralidade estatal em relação às confissões religiosas que no caso também seria violado.

Contudo, como lembra Owen Fiss, "a neutralidade de conteúdo não é um fim em si mesmo e não deve ser sacralizado."³⁷² Dita neutralidade é instrumento que busca a proteção do debate público, evitando-se que o Estado possa utilizar de seu poder para distorcê-lo em busca de promover resultados particulares.³⁷³

Ademais, deve-se ter presente que, ao regular o discurso de ódio, o Estado não atua como um simples mediador de dois interesses particulares, a saber: o interesse do emissor do discurso e o interesse da vítima do discurso, caso fosse assim, poder-se-ia argumentar que o Estado agiria de modo arbitrário ao privilegiar um grupo em detrimento do outro.

Entretanto, há um outro interesse envolvido em questão. Tendo em vista que o discurso de ódio poderá promover o comprometimento da liberdade de expressão da vítima por conta de seu efeito silenciador, há o interesse do Estado em promover um ambiente propício ao desenvolvimento do próprio debate público e, para isto, necessita intervir na liberdade de expressão de uns para garantir o exercício efetivo da liberdade de expressão de outros, e com isso a pluralização do debate.

Nesta senda, Owen Fiss esclarece a questão com as seguintes palavras:

Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse da potencial vítima de cada qual expressar seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento do outro. Eu acredito que algo mais está envolvido, todavia. O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer condições essenciais para a auto-governança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e outros similares nos ensinou que a questão não é tão simples. **Algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros.**³⁷⁴

³⁷² FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 53.

³⁷³ Neste sentido confira-se FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 53.

³⁷⁴ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49. (sem grifos no original).

A obra de Owen Fiss desvenda uma ironia da liberdade de expressão. Ao mesmo tempo que é o instrumento de realização de muitas coisas desejáveis, pode também, se garantida de forma ilimitada, representar uma ameaça a si própria. Assim, há uma verdade bem contraditória a ser assumida: a de que o Estado tanto pode ser um aliado como um inimigo do discurso, pois ao mesmo tempo que pode fazer coisas nefastas para enfraquecer a liberdade de expressão e a democracia, também poderá realizar maravilhas para fortalecê-la.³⁷⁵ Portanto, a necessidade de regulação estatal da liberdade de expressão, em especial no que toca o discurso de ódio, não pode ser negligenciada, em vista dos riscos de abuso que esta regulação possa promover.³⁷⁶

Contudo, partindo-se de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, tal como adotado no presente trabalho,³⁷⁷ não se pode afirmar que *prima facie* a possibilidade de proferir um discurso de menosprezo contra determinadas pessoas em decorrência da sua raça, credo, etnia, orientação sexual, etc., não esteja protegida pelo direito da liberdade de expressão. Nesta senda, entende-se que o que ocorre é que, em alguns casos, tal discurso não será protegido tendo em vista outros direitos, princípios, valores, que no caso concreto sejam considerados mais importantes do que a liberdade de expressão.

Portanto, entende-se que não será em todos os casos que uma manifestação odiosa, preconceituosa, ofensiva ou de mau gosto, será objeto de intervenção estatal, mas somente em alguns casos, a depender das suas peculiaridades. Há que se perquirir, por exemplo, se o emissor tem o dolo de ofender a provável vítima, se o discurso é

³⁷⁵ Nas palavras do autor: "Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la. Esta, eu receio, é uma verdade complicada, muito mais complicada do que nos temos permitido admitir por um longo tempo, mas que ainda - eu espero - não está além do nosso alcance." FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 144.

³⁷⁶ Em sentido contrário, Ronald Dworkin defende que mesmo ideias que possam provocar consequências negativas como o efeito silenciador, não podem ter sua expressão proibida pelo Estado sem que isto incorra em uma violação do direito fundamental à liberdade de expressão daqueles que pretendem transmiti-las. Nas palavras do Autor, "não existe contradição nenhuma em insistir em que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. Sem dúvida essas consequências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os meios autorizados por nossa Constituição. Porém, nem por isso os atos que têm essas consequências negativas privam as outras pessoas de sua liberdade de se expressar; e essa distinção, como insistia Berlin, está longe de ser arbitrária ou inconsequente" DWORKIN, Ronald. Expressão, Consciência, Sexo. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 357-358.

³⁷⁷ A respeito das teorias do suporte fático dos direitos fundamentais e da adoção de uma teoria do suporte fático amplo vide tópico 1.3.

realmente potencialmente ofensivo, os meios empregados para a realização da comunicação, entre tantas outras variáveis.

Então, os demais contravalores em jogo (a dignidade da vítima, o efeito silenciador do discurso, etc.) representarão um limite externo à liberdade de expressão, não podendo ser considerados como limites imanentes a ela.³⁷⁸ Como o discurso de ódio, a liberdade de expressão também poderá ser restringida em vista da realização de outros direitos fundamentais, como será visto adiante.

3.3 A colisão entre a liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais

A liberdade de expressão é um direito fundamental tanto em um viés formal como material. Contudo, sua fundamentalidade não significa que não encontre limites. Neste sentido, Samanta Ribeiro Meyer-Pflug afirma que: "A garantia à liberdade de expressão assegurada no Texto Constitucional leva em consideração também a licitude e o objeto da atividade de comunicação. **Não é, a princípio, toda e qualquer expressão que é protegida pelo direito à liberdade de expressão.**"³⁷⁹

Tendo em vista o pressuposto teórico adotado no presente trabalho, um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, não se pode concordar com a autora de que não seja, a princípio, toda e qualquer expressão protegida pelo direito à liberdade de expressão. Contudo, isto não significa conceber a liberdade de expressão como direito absoluto, mas apenas que toda e qualquer expressão é, ao menos *prima facie*, protegida por este direito, que somente será restringido tendo em vista a realização de outro direito mais importante no caso concreto.

Neste diapasão, a doutrina aponta os direitos da personalidade como os grandes limitadores da liberdade de expressão.³⁸⁰ Contudo, para grande parcela da doutrina, a solução entre o conflito envolvendo tais direitos deverá ser buscada por intermédio da

³⁷⁸ Esclareça-se que adiante serão analisadas as teorias a respeito dos limites aos direitos fundamentais e será justificada a predileção por uma teoria externa destes limites, tal como o indicado.

³⁷⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 83. (Não ostenta os grifos no original).

³⁸⁰ A respeito dos direitos à intimidade e de vida privada, confira-se SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 404 e ss. e ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: Uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea. **Revista Eletrônica do CEJUR**. vol. 1, n.1, p. 184-205, ago./dez., Brasil, 2006.

ponderação de interesses, sem que haja qualquer preferência de um ou de outro direito.³⁸¹

A Carta Magna em seu artigo 5º, X, assegura como invioláveis o direito à intimidade, à vida privada, à honra, e à imagem das pessoas, além de garantir a devida indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Deve-se ter presente que tal previsão de um direito à indenização atua como um limite a liberdade de expressão apesar de não impedir o seu exercício. Em verdade, a fixação de quantias deveras elevadas a título de indenização, não raro, poderá não apenas inibir o exercício da liberdade de expressão, como também inviabilizá-lo. Por esta razão, também nesta esfera devem ser observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.³⁸²

Justamente para assegurar a responsabilização ulterior daquele que exerce de forma abusiva a liberdade de expressão violando direitos de terceiros, é que a Constituição assegurou o direito à manifestação do pensamento, mas vedou o anonimato como se lê no artigo 5º, IV da Lei Maior.

Neste sentido é a lição de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, para quem "a proibição do anonimato tem como intuito precípua evitar que violações à honra e à imagem das pessoas ocorram de forma inconsequente, é dizer, sem que se possa identificar o responsável por essas ofensas, e, por conseguinte, responsabilizá-lo."³⁸³

A honra está diretamente relacionada à dignidade da pessoa, à sua reputação. A intimidade atinge as relações de caráter íntimo familiar e pessoal do indivíduo, relações estas que se dão no convívio familiar ou entre amigos. A seu turno, a vida privada é um direito mais amplo que diz respeito aos relacionamentos da pessoa, sejam de natureza comercial ou profissional.³⁸⁴

Deve-se diferenciar o direito à privacidade e à intimidade. Enquanto o primeiro diz respeito a reserva sobre comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, o segundo guarda relação com a proteção de uma

³⁸¹ Neste sentido, confira-se: FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pilares, 2005, p. 141; GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o Direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101; FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

³⁸² Neste sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 464.

³⁸³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

³⁸⁴ Neste sentido, confira-se: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87-88.

esfera mais íntima da vida da pessoa, envolvendo suas relações familiares e suas amizades.³⁸⁵ Todavia, há quem considere difícil a sustentação de tal distinção, especialmente em virtude da fluidez existente entre as várias esferas da vida privada, de modo a incluir a intimidade no âmbito de proteção mais amplo do direito à vida privada (privacidade).³⁸⁶

Como dito alhures, estes direitos da personalidade podem representar limites à liberdade de expressão, inclusa a liberdade de expressão religiosa. Assim, o discurso proferido certamente não pode representar uma violação a estes direitos, pois se assim o fizer não estará protegido pela liberdade de expressão.

Esta afirmação não pretende defender que a liberdade de expressão só possa ser exercida se não atingir em qualquer grau os direitos da personalidade. Isto seria conceber direitos da personalidade quase absolutos e uma liberdade de expressão quase que inútil.³⁸⁷

Em suma, da mesma forma que a liberdade de expressão poderá ser limitada por direitos da personalidade, estes também poderão ser limitados por aquela. O discurso poderá tocar a honra, a imagem, a privacidade, a intimidade de alguém, mas somente representará uma violação a estes direitos se no caso em questão eles forem mais importante que a liberdade de expressão. Quando isto não ocorrer, não se configurará uma verdadeira violação aos direitos da personalidade.

Deve-se ressaltar que, quando estivermos diante de uma expressão religiosa (ou supostamente religiosa), proferida no rádio ou na televisão, outras variantes são trazidas à baila. Além dos direitos da personalidade de um ouvinte/telespectador ou de um grupo de ouvintes/telespectadores, deve-se levar em consideração o seu direito de antena, o direito que possuem de acesso à informação por meio destes veículos que, como visto, constituem inclusive serviço público.

³⁸⁵ Neste sentido, confira-se: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315-316.

³⁸⁶ Nesta quadra, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 405.

³⁸⁷ Neste sentido, ao julgar o problema da constante colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, Cláudio Chequer afirma que: "A maioria esmagadora dos tribunais, apesar de falar em ponderação, dos fundamentos das decisões podemos concluir que os julgados têm adotado uma premissa completamente falsa - a *premissa de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos da personalidade*. Ora, isso coloca a liberdade de expressão, nesse conflito real e posterior com os direitos da personalidade, como letra morta. CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 204.

Neste caso, a balança pode pesar de modo a permitir que se restrinja a liberdade de expressão religiosa, mas é o entendimento de que isto não possa ser verificado de forma antecipada, devendo-se realizar a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, como será visto adiante.

Interessante notar que a proteção dos direitos da personalidade no Brasil não se mostra tão abrangente como em outros países. A exemplo disto, temos que o Código Penal brasileiro que criminaliza as condutas de calúnia (imputação falsa de fato definido como crime), difamação (imputação de fato ofensivo à reputação) e injúria (ofensa à finidade ou ao decoro), nos artigos 138, 139 e 140, respectivamente, mas deixa sem proteção grupos de indivíduos historicamente ultrajados em seus direitos da personalidade.³⁸⁸

O artigo 140, §3º até prevê uma forma qualificada do crime de injúria quando a ofensa é baseada em elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, mas a proteção dos grupos se mostra deficiente.

O mesmo já não ocorre no direito alemão, onde o insulto, geralmente compreendido como um ataque ilícito à honra de alguém mostrando intencionalmente falta de respeito, é punido com pena de prisão que não ultrapassará um ano, ou com multa na forma do artigo 185 do Código Penal Alemão e o insulto coletivo, bem como o discurso de ódio, são proibidos na forma do artigo 130, punidos como crimes contra a paz pública.

Certamente tal diferença aplanar o caminho para soluções de conflitos entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade na Alemanha, infelizmente, o mesmo não ocorre no em nosso país, onde grupos lutam há anos pela criminalização da homofobia, por exemplo, pauta constantemente engavetada.

3.4 Necessidade de restrição do discurso religioso: a compatibilização da liberdade de expressão religiosa e outros direitos fundamentais

Vista a liberdade de expressão religiosa como direito fundamental decorrente tanto da liberdade religiosa como da liberdade de expressão, as quais possuem o direito

³⁸⁸ A respeito da proteção penal dos direitos à honra e à privacidade em virtude de eventuais violações em nome da liberdade de imprensa, confira-se por todos: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

à liberdade de consciência como direito matricial e como ponte que as une, tratou-se do rádio e da televisão como instrumentos a serviço daquele direito.

Ocorre que a utilização rádio e da TV para comunicação do discurso religioso, não raro poderá ocasionar o conflito entre a liberdade de expressão religiosa de uns e direitos da personalidade, bem como o direito de antena de outros. Esse embate entre direitos fundamentais deve ser solucionado de forma constitucionalmente adequada, e é este o caminho que se busca.

Primeiramente deve-se dedicar algumas linhas às teorias que tratam dos limites dos direitos fundamentais, somente assim é possível visualizar como conferir soluções constitucionalmente adequadas ao confronto entre direitos fundamentais apresentados. Neste diapasão, destacam-se na doutrina duas teorias a respeito das restrições a direitos fundamentais, a saber, teoria interna e teoria externa.³⁸⁹

3.4.1 Teorias acerca dos limites dos direitos fundamentais: a adoção da teoria externa como reforço na proteção dos direitos

Para a teoria interna, o processo de definição dos limites de um direito fundamental é algo interno a ele. Assim, para os adeptos desta teoria, os direitos já contêm em si mesmos os limites que lhes são imanentes.³⁹⁰ Tal teoria pretende ser uma alternativa à visão liberal individualista, a qual supostamente estaria arraigada na teoria externa.³⁹¹

Segundo a teoria interna, um direito fundamental já é positivado com o seu conteúdo determinado, visto que já “nasce” com seus “limites imanentes” “que consistem em fronteiras implícitas de natureza apriorística, e que não se deixam

³⁸⁹ A doutrina portuguesa tem se dedicado a discutir a respeito da contraposição das duas teorias em questão, confira-se: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 336 e ss e NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 292 e ss.

³⁹⁰ A respeito dos limites imanentes dos direitos fundamentais confira-se CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349 e ss.; STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43 e ss. e SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 130 e ss.

³⁹¹ Neste sentido, confira-se: PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

confundir com autênticas restrições.”³⁹² Desta feita, uma vez que “a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*”³⁹³ não faz sentido falar em restrições aos direitos fundamentais.

Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho explica que a teoria interna parte de três premissas: a primeira é a de que os direitos e seus respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; ademais, o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta da compreensão deste direito ‘nascido’ com limites; Por fim, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetivo desse direito.³⁹⁴

Neste diapasão, a adoção de uma teoria interna de direitos fundamentais tem três consequências básicas como aponta Felipe de Paula,³⁹⁵ a saber: a alteração ou antecipação do momento essencial de demarcação dos direitos em definitivo para a ocasião da sua delimitação, ao invés do de sua restrição; a real impossibilidade de se falar em restrições legítimas (enquanto elementos exteriores ou posteriores); e, a real impossibilidade de se falar em conflitos ou em colisões de direitos fundamentais.

Por conseguinte, a definição de um direito fundamental e de sua extensão a partir da teoria interna, impede a realização de um processo de sopesamento referente a este direito. Assim, sempre que um indivíduo exercitar algo garantido por determinado direito fundamental, essa garantia não pode ser meramente *prima facie*, mas deve ser definitiva. Então, é possível concluir que, a partir da teoria interna, as normas garantidoras de direitos fundamentais têm sempre a estrutura de regras.³⁹⁶

Nesta senda, Virgílio Afonso da Silva pondera que “no âmbito da teoria interna não há como falar que determinada ação seja *prima facie* garantida por uma norma de direito fundamental mas que, em decorrência das circunstâncias fáticas e jurídicas – do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida.”³⁹⁷ Não é difícil perceber que a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais é compatível com um suporte fático

³⁹²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 388.

³⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128.

³⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349.

³⁹⁵ PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71 e 72.

³⁹⁶ Neste sentido confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 129 e ss.

³⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 130.

restrito destes direitos, já que não há que se falar em um âmbito de proteção *a priori* que será delimitado por uma intervenção estatal com a finalidade de realizar um outro direito fundamental, como propõe a teoria de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais.

Portanto, a diferença entre limites de direitos fundamentais e restrições de direitos fundamentais decorrentes de colisões, poderá ser traduzida pelo binômio declarar/construir. Enquanto nos casos de colisão entre direitos se constroem as suas restrições de modo a compatibilizá-los no caso concreto, quando se trata de limites imanescentes, o papel da hermenêutica constitucional é tão somente de declarar limites que existem ao tempo do próprio reconhecimento do direito.³⁹⁸

Aqueles que discordam da adoção de uma teoria interna dos direitos fundamentais partindo do pressuposto da existência de limites inerentes a estes direitos, afirmam que o grande inconveniente por ela causado é justamente a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, definir o que está protegido e, portanto, dentro dos limites imanescentes do direito e o que não é por ele protegido.

A teoria externa por sua vez divide a identificação do âmbito de proteção de um direito fundamental em duas fases de raciocínio. Primeiramente, há que se identificar o que é ao menos *prima facie* protegido pelo direito em questão, momento no qual o âmbito de proteção é o mais alargado possível abarcando toda e qualquer ação, posição ou estado que tenha ligação com o chamado “âmbito temático” do direito.

Percebe-se que a teoria externa tem como ponto de partida a teoria dos princípios, de forma que os direitos fundamentais encontram-se positivados como mandamentos de otimização, ou seja, como normas que garantem um direito *prima facie*, com estrutura de princípios cujo suporte fático é o mais amplo possível.³⁹⁹ Então, em face da impossibilidade da existência de direitos absolutos, a realização de um princípio poderá ser restringida por princípios (direitos) colidentes.

É aqui que começa o segundo momento do raciocínio de identificação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Como há a necessidade de promover a harmonização do conteúdo de um direito identificado *prima facie* com os demais direitos constitucionalmente garantidos, aqui serão impostas as restrições ao direito, alcançando-se assim o seu âmbito de proteção definitivo.

³⁹⁸ Neste sentido, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132.

³⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 139.

Nesta quadra, Felipe de Paula diferenciando a teoria externa da teoria interna, preleciona que: “O conceito-chave aqui presente, em termos negativos, novamente deve ser posto no não acolhimento da ocorrência de limitações relevantes *a priori* de conteúdos ou, em termos positivos, na aceitação das restrições como elementos apartados e externos aos direitos, para muitos como inerentes à dilação do suporte fático proposto.”⁴⁰⁰ Conclui-se que em um determinado caso concreto, o direito fundamental existe *prima facie*, mas por algum fator externo tornou-se necessário reduzir o seu alcance.

A título de ilustração, recorre-se novamente ao exemplo do pintor de cruzamentos,⁴⁰¹ utilizado quando da apresentação do suporte fático dos direitos fundamentais: Não é que o pintor não tenha o direito de pintar em um cruzamento como posição jusfundamental decorrente do seu direito à liberdade de expressão artística, é que no caso concreto, os direitos dos demais envolvidos (aqueles que se utilizam do cruzamento) impõem uma limitação a esta liberdade, o que faz com que tal ação não esteja incluída no âmbito de proteção definitivo.

As premissas basilares da teoria externa são completamente distintas daquelas assentadas em relação à teoria interna. Nesta senda, J. J. Gomes Canotilho explica que a teoria externa parte de três premissas: a primeira é a de que os direitos e as restrições são dimensões separadas; além disto, as restrições constituem desvantagens impostas de modo externo aos direitos; por fim, o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, uma vez que aos direitos sem restrições são apostos limites responsáveis pela diminuição do âmbito inicial de proteção.⁴⁰²

Portanto, as consequências da adoção de uma teoria externa mostram-se completamente distintas daquelas provocadas pela teoria interna. Primeiramente haverá a separação entre direito *prima facie* e direito definitivo, o que não ocorre na teoria interna em que há apenas direito definitivo sendo considerado o direito e seus limites como um único objeto; Haverá o deslocamento do momento essencial de demarcação dos direitos em definitivo para a ocasião da análise das restrições, uma vez que o âmbito de proteção definitivo do direito somente surgirá após a necessidade de compatibilizá-lo com outros direitos fundamentais; e, por fim, haverá a necessidade de fundamentação

⁴⁰⁰ PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

⁴⁰¹ Vide tópico 1.3.

⁴⁰² Confira-se CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349.

das restrições eventualmente impostas aos direitos fundamentais, visto que elas não poderão ser simplesmente concebidas como limites decorrentes de sua própria natureza.⁴⁰³

Apesar de aceita por boa parte dos que se dedicam ao estudo da teoria dos direitos fundamentais, a teoria externa sofre inúmeras críticas. Primeiramente, afirma-se que ela criaria uma ilusão desonesta ao pressupor a existência de um direito garantido *prima facie* em contornos amplos, que quase nunca é garantido também definitivamente.⁴⁰⁴

Recorrendo às lições de Martin Borowski, Virgílio Afonso da Silva defende a teoria externa desta acusação afirmando que aquele que com base em um direito garantido meramente *prima facie*, nutre esperanças de um direito em definitivo, cria expectativas sem fundamento. Isto porque o direito definitivo derivado do direito *prima facie* depende justamente dos direitos com os quais ele colide e do seu peso relativo no caso concreto, de forma que este não fundamente uma pretensão a aquele, mas apenas uma pretensão a um sopesamento entre princípios.⁴⁰⁵

Perceba-se que a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre com um suporte fático amplo de tais direitos, é compatível com a utilização do sopesamento como mecanismo de compatibilização dos direitos fundamentais. Está é uma razão de duas críticas que lhe são dirigidas, a da ausência de racionalidade do procedimento e da insegurança jurídica.

A primeira aponta para a ausência de critérios racionais de decidibilidade, o que torna o procedimento do sopesamento como uma forma de decisionismo disfarçado. Defendendo a teoria externa bem como a teoria dos princípios de tal crítica, Virgílio Afonso da Silva assevera que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível.”⁴⁰⁶

Afirma o autor que o objetivo é uma racionalidade possível e lembra que esta, até mesmo para os positivistas mais ferrenhos como Hans Kelsen, “não pode ser aquela

⁴⁰³ Neste sentido, confira-se PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91 e 92.

⁴⁰⁴ Confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145.

⁴⁰⁵ Confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145 e 146.

⁴⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147.

em que ao juiz reste apenas a tarefa mecânica de uma operação estritamente lógica.”⁴⁰⁷ Neste diapasão, o autor lembra que a subsunção, apontada por alguns como um método de decisão racional pelo fato de o operador necessitar retirar logicamente das premissas uma conclusão, também abre espaços para o subjetivismo uma vez que “a própria fundamentação das premissas e a interpretação dos termos nela contidos não são um processo lógico.”⁴⁰⁸

Por sua vez, a crítica do aumento da insegurança jurídica está diretamente relacionada à crítica da racionalidade. Uma vez que o sopesamento não seria um procedimento racional para solução de conflitos de direitos fundamentais, a decisão nos casos que envolvam tais conflitos restaria dependente da subjetividade do juiz.

Em defesa da teoria, Virgílio Afonso da Silva pondera que o sopesamento não é um processo necessariamente irracional e exclusivamente subjetivo e que a despeito disto a segurança jurídica não depende tão somente do método de aplicação do direito. Todavia, a segurança jurídica mostra-se mais dependente de um “acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional”, sendo que “é a partir da cobrança de consistência e coerência em suas decisões e do conhecimento da história jurisprudencial do tribunal que cada um de seus membros ficará sempre compelido a ser coerente – e, por conseguinte, mais previsível – em suas decisões.”⁴⁰⁹

Portanto, a elevação tanto da racionalidade como da segurança jurídica do sopesamento, como em qualquer procedimento de interpretação e aplicação do direito, perpassa na verdade pela fixação de parâmetros que possam criar um ambiente propício ao diálogo intersubjetivo, ou seja, que permitam algum controle da argumentação.⁴¹⁰ Então, adotando-se a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, entra em cena a regra da proporcionalidade como um instrumento hábil de solução dos conflitos envolvendo os tais direitos, instrumento que goza da racionalidade possível e possui parâmetros para o controle da argumentação.

⁴⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 148.

⁴⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149.

⁴⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149.

⁴¹⁰ Neste sentido, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 148.

A regra da proporcionalidade⁴¹¹ é dividida em três estágios, a saber: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito aos quais se dedicam as linhas que seguem. “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.”⁴¹²

A adequação da medida que intervém no âmbito de proteção de um direito fundamental, diz com a finalidade proposta por tal medida, pois “quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental.”⁴¹³ Percebe-se que a adequação encontra-se vinculada, essencialmente, a uma relação de causa e efeito visto que o que se questiona é a aptidão de determinada ação para alcançar o objetivo almejado.⁴¹⁴

A máxima da adequação possui a natureza de um critério negativo, como tal, ela não determina tudo, mas tem o papel de eliminar algumas coisas. Assim, tal teste serve para eliminar aquilo que não se mostra adequado.⁴¹⁵ Desta feita, a primeira indagação a ser feita quando da tentativa de solução para colisão entre direitos fundamentais é: a intervenção que se pretende realizar em um direito fundamental é adequada à realização do outro direito? Em caso afirmativo segue-se o exame da necessidade da medida.⁴¹⁶

⁴¹¹ A exemplo do que faz Virgílio Afonso da Silva, adota-se a terminologia “regra da proporcionalidade” ao invés da corrente terminologia “princípio da proporcionalidade” tendo em vista que a proporcionalidade não poderá ser tomada como princípio, ao menos com base na classificação proposta por Robert Alex, pressuposto teórico do presente trabalho, uma vez que os princípios são “mandamentos de otimização” e portanto podem ser realizados em diversos graus, o que não ocorre com a proporcionalidade que não tem como produzir efeitos em variadas medida, visto que é aplicada de forma constante, sem variações. Neste sentido, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n° 798, p. 23-50, São Paulo, 2002, p. 25 e ss.

⁴¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 118.

⁴¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 169-170.

⁴¹⁴ Neste sentido, confira-se: PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

⁴¹⁵ Neste sentido, confira-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

⁴¹⁶ Inicialmente deve-se esclarecer que o termo “necessidade” nada tem a ver com a urgência da medida até porque uma medida pode ser eventualmente necessária em termos de proporcionalidade, mas sua adoção se mostrar uma questão de conveniência e oportunidade política. Neste sentido, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

O exame da necessidade é um exame comparativo, isto significa que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”⁴¹⁷ Ou seja, se opera a comparação entre medidas igualmente idôneas, com o intuito de se alcançar a menos lesiva ao direito fundamental objeto da restrição.⁴¹⁸

Assim, se o Estado lança mão de determinada medida que limita um direito fundamental “X”, mas promove outro direito fundamental “Y” (ou seja, que passa pelo teste da adequação) e tal medida é, dentre todas as outras medidas que promovem “Y” com a mesma eficiência, a que menos intervém em “X”, então esta medida além de adequada é necessária.

Ressalte-se que a medida a qual representa uma intervenção em um direito fundamental deve, dentre todas as demais, promover o outro direito em questão na mesma medida restringindo o direito sobre a qual atua na menor medida possível. Esclareça-se que “no teste da necessidade não se deve perguntar se há medidas mais eficientes que a medida estatal adotada, mas apenas se há medidas *tão eficientes quanto*, mas que restrinjam menos o direito afetado.”⁴¹⁹

Nesta senda, a respeito da necessidade Robert Alexy esclarece que:

Também a máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.⁴²⁰

Realizados os exames da adequação e da necessidade, uma medida estatal que afete um direito fundamental deve passar pelo último crivo imposto pela regra da

⁴¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. n° 798, p. 23-50, São Paulo, 2002, p.38.

⁴¹⁸ Neste sentido, confira-se: PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

⁴¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173-174. (grifos do autor)

⁴²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 591.

proporcionalidade, para que se possa verificar se tal medida se mostra constitucionalmente adequada. Este filtro derradeiro é a proporcionalidade em sentido estrito, que se mostra importante dada a insuficiência dos dois primeiros filtros.

Se apenas o exame da adequação e da necessidade fossem suficientes para se verificar a legitimidade de uma restrição a direito fundamental, poderia ocorrer que determinada medida a qual realizasse determinado direito fundamental com grande eficiência, porém restringisse outros direitos de forma semelhantemente intensa, poderia ser considerada constitucionalmente legítima. Isto porque tal medida passaria tanto no teste da adequação como no teste da necessidade.⁴²¹

A proporcionalidade em sentido estrito é o sopesamento entre a intensidade da restrição imposta ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental com ele em choque e que fundamenta sua restrição.⁴²² Nesta quadra, "os motivos que fundamentam uma medida jusfundamentalmente restritiva devem ter peso suficiente para preponderar sobre a defesa do não atingimento do direito fundamental atingido."⁴²³

Robert Alexy preleciona que este último filtro da proporcionalidade pode ser explicado da seguinte forma "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro."⁴²⁴ Desta feita, a proporcionalidade em sentido estrito também será dividida em três passos: primeiramente, deve-se avaliar o nível de afetação do direito a ser restringido; após, verificar-se-á a importância da satisfação do direito colidente; por fim, há que se avaliar se a importância da satisfação do direito colidente é justificativa suficiente para a afetação do outro direito.⁴²⁵

Os defensores da regra proporcionalidade como mecanismo de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, reconhecem que ele não se mostra um procedimento que conduza em todos os casos a um resultado único e inequívoco. Contudo, embora o sopesamento não determine sempre um resultado de forma racional,

⁴²¹ Neste sentido, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174.

⁴²² Confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº 798, p. 23-50, São Paulo, 2002, p.40.

⁴²³ PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

⁴²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593.

⁴²⁵ Neste sentido, confira-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 594.

isto é possível em um conjunto de casos interessante o suficiente para justificar sua adoção como método.⁴²⁶

Ademais, a utilização do recurso aos chamados "limites imanentes" como forma de autolimitação dos direitos fundamentais promove uma restrição no âmbito de proteção destes direitos. Ocorre que esta redução na proteção não é acompanhada de uma exigência de fundamentação, já que o Estado poderá simplesmente afirmar que determinada conduta não é protegida pelo direito, pois representa um limite que o próprio direito traz em si. Portanto, "não seria necessário fundamentar a vedação ou a restrição daquilo que nem ao menos entra no âmbito de proteção de um direito fundamental" o que afastaria a utilização da regra da proporcionalidade.⁴²⁷

Neste cenário, abre-se flanco para o vilipêndio dos direitos fundamentais através de condutas estatais que visam apenas "regulamentar" os direitos, "declarando" seus "limites imanentes". Assim, percebe-se que a adoção de uma teoria interna dos limites dos direitos fundamentais bem como um suporte fático restrito de tais direitos tem como consequência uma diminuição da capacidade de proteção destes direitos.

Por isto, adota-se a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, uma vez que isto possibilita a utilização da regra da proporcionalidade como mecanismo controlador das intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos. Se tal regra não exclui por completo o subjetivismo e o decisionismo (o que acredita-se não ser possível em qualquer método), ao menos eleva o ônus argumentativo daquele que pretender restringir um direito fundamental.

3.4.2 Mecanismos de aplicação do direito: as regra jurídicas como ponto de partida adequado do raciocínio jurídico

Vista a teoria externa como aquela que confere maior proteção aos direitos fundamentais por possibilitar a utilização da regra da proporcionalidade como mecanismo de controle das intervenções estatais no âmbito dos direitos fundamentais, faz-se necessário dedicar algumas linhas ao ponto de partida adequado do raciocínio jurídico: as regras. Isto porque a regra da proporcionalidade entra em cena quando não há regulamentação infraconstitucional de um direito fundamental, quando ela existe, e

⁴²⁶ Neste sentido, confira-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 594.

⁴²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 180.

por intermédio de normas com estrutura de regras ("mandamentos de definição" e não "mandamentos de otimização"), é o entendimento que estas devem ser o ponto de partida do interprete para a solução de eventuais conflitos envolvendo direitos fundamentais.

A ciência jurídica possui diversos pontos de contato com outras ciências sociais e humanas, e por muito tempo foi tida como um mero ramo de outras ciências. No intuito de separar o direito de outras ciências, Hans Kelsen surge com a sua teoria pura do direito⁴²⁸, uma tentativa de imunizar o direito de qualquer influência externa e de lhe conceder o status de ciência autônoma.

Seguindo esta busca de autonomia, os autores intentaram desenvolver uma teoria geral do direito, começando por definir qual seria o objeto dessa ciência. Dentre tais autores, destaca-se Norberto Bobbio, que inicialmente acreditava ser a norma jurídica o objeto precípua da ciência do direito⁴²⁹. Ao estudar a norma jurídica, Bobbio busca diferenciar tal norma tanto das normas morais como das normas de trato social. Nesta empreitada chega à conclusão de que a norma jurídica se diferencia das demais normas por possuir sanção externa e institucionalizada.⁴³⁰

Todavia, ao final de sua obra, o autor conclui que a sanção não é característica de toda e qualquer norma jurídica, mas da sua maioria, o que cria uma característica, não da norma, mas de seu conjunto (o ordenamento jurídico), de coerção.⁴³¹ As

⁴²⁸ “Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.5 – grifos do autor.

⁴²⁹Tal tese é desenvolvida em sua obra Teoria da norma jurídica, a qual corresponde a uma primeira parte de sua teoria geral do direito, escrita no biênio de 1957/1958.

⁴³⁰Neste sentido, explique-se que: “Assim como chamamos de sanção interna aquela que infligimos a nós mesmos, pode-se chamar de externa aquela que nos atinge proveniente dos outros, individualmente ou enquanto grupo social” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2008, p. 157. Explicando entre a norma jurídica e as demais, a qual se baseia na sanção, Bobbio assevera que: “Esta sanção se distingue da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da social por ser institucionalizada, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2008, p. 160.

⁴³¹ Aqui o Bobbio, deixa claro que não são todas as normas jurídicas que possuem sanção, mas nem por isto, tais normas deixam de ser jurídicas. Então, as normas são jurídicas não por possuírem sanção, mas por fazerem parte de um todo maior, o ordenamento jurídico, este sim, tem a coercitividade como característica e é isto que o diferencia dos demais ordenamentos não jurídicos. Neste sentido, o autor pondera que: “A dificuldade pode ser resolvida por outro modo, isto é, observando que quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas singulares, mas ao ordenamento normativo tomado no seu conjunto, razão pela qual, dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de todo outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas

diferenças existentes entre as normas jurídicas (que não se atém somente à presença ou ausência de sanção) mostram que o objeto de uma teoria geral do direito não pode ser outro se não o conjunto das normas, o ordenamento jurídico, e não as normas tomadas em sua singularidade.

Vislumbrando a necessidade de estudar o conjunto das normas jurídicas, Norberto Bobbio desenvolve nos anos de 1959 e 1960 a sua teoria do ordenamento jurídico⁴³². Em seu trabalho, Bobbio destaca características que podem ser vislumbradas em um ordenamento, são elas: a unidade; a coerência; e, a completude.

A unidade⁴³³ do ordenamento é garantida na medida em que exista uma norma a qual seja fundamento de todas as demais. Nos ordenamentos modernos é a Constituição Federal quem tem cumprido esse papel de fundamentar a ordem jurídica, é dela que todas as demais normas depreendem sua validade formal (sendo criadas pela autoridade por ela dita competente e de acordo com o processo nela previsto) e material (não ferindo o seu conteúdo e não colidindo com suas decisões fundamentais).

A coerência⁴³⁴ é ausência de contradições, ou seja, pela possibilidade de resolução de qualquer antinomia jurídica existente. Para a solução das antinomias jurídicas, tradicionalmente são apontados três critérios de resolução: hierárquico, cronológico e de especialidade.

Um ordenamento é completo se possui uma norma para regular toda e qualquer situação jurídica. Lembre-se que a completude é uma condição necessária nos ordenamentos em que vigorem duas regras: a de que o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias necessárias que a ele se apresentem e a de que essa obrigação deve ser satisfeita com base em uma norma pertencente ao sistema,⁴³⁵ tal como ocorre no Brasil.

desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que o seja a maior parte delas”. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2008, p. 167.

⁴³² “A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações particulares entre si.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p.36.

⁴³³ “Se pode falar de unidade desde que se pressuponha à base do ordenamento uma norma fundamental à qual possam remontar, direta ou indiretamente, todas as normas do ordenamento jurídico.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p.79.

⁴³⁴ A coerência não constitui elemento essencial do ordenamento jurídico, um ordenamento não deixa de ser jurídico por ser incoerente, contudo, a coerência garante os valores mais caros aos ao direito: a justiça e a segurança jurídica. Neste sentido, “A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade).” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p.114.

⁴³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p.118.

Ocorre que a completude é um ideal inalcançável na medida em que a todo o momento em uma sociedade complexa como a atual, surgem novas relações jurídicas, das quais derivam conflitos, os quais carecem de solução. Por tudo isto, um ordenamento jurídico deve ser no mínimo completável, tarefa que será desempenhada pela hermenêutica e também, em alguns casos pelo diálogo de fonte.⁴³⁶

O ordenamento é um conjunto de normas jurídicas, tais normas são diferenciadas entre regras e princípios. Extensa é a doutrina que trata da diferenciação entre regras e princípios adotando os mais diversos critérios.⁴³⁷ Esta distinção é fundamental para se ter presente o ponto de partida adequado do raciocínio jurídico, quando se estiver diante de uma regra e um princípio que poderão ser utilizados.

Critério muito utilizado para a diferenciação entre regras e princípios é o da densidade normativa, que tem a ver com a determinação e precisão do suporte fático da norma. Tem-se que, “a regra é preceito que vincula a consequência jurídica definida e detalhada a um estado de fatos definido e detalhado”,⁴³⁸ dessa feita com base nesse critério hipotético-condicional, as regras somente podem ser aplicadas do modo “se, então”⁴³⁹ também conhecido como “tudo ou nada”⁴⁴⁰.

Aqui se diferem os princípios das regras visto que aqueles, ao contrário destas, são marcados pela imprecisão, pela generalidade⁴⁴¹, neles não “existe qualquer estado definido em detalhe de fatos pressupostos, nem qualquer consequências vinculadas definidas em detalhe.”⁴⁴² Por isto, Robert Alexy leciona que os princípios são

⁴³⁶ A respeito do diálogo de fontes como mecanismo que cofere completude ao ordenamento confira-se: MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (org.) **Diálogo de fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima. (org.), **Diálogo de fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; A respeito de sua utilização como mecanismo de tutela de direitos fundamentais, vide por todos: MARINHO, Sérgio Augusto Lima. Diálogo de fontes como meio de realização de direitos fundamentais: o caso do reconhecimento da união homoafetiva no direito brasileiro. In: MARTINS, Fernando. (org.). **Direito em Diálogo de Fontes**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014.

⁴³⁷ Neste sentido, confira-se: ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011; SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2008; LORENZETTI, Ricardo Luiz, **Teoria da Decisão Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, dentre outros.

⁴³⁸ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 60.

⁴³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.39.

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39.

⁴⁴¹ Há quem defenda que a identificação de um dispositivo como princípio não se dá pela sua generalidade, mas pela sua amplitude como causa de justificação de uma regulação, ou seja, com a sua capacidade de transmitir para uma regulação os valores da justiça. Neste sentido, LARENZ, Karl. **El derecho justo**. Madrid: Civitas, 1991, p. 36.

⁴⁴² POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 61.

mandamentos de otimização, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”⁴⁴³

Regras e princípios, pela diferença quanto à determinação do seu suporte fático e das consequências jurídicas imputadas pelo seu preenchimento, são aptos a produzir os dois efeitos mais caros a qualquer ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a justiça, respectivamente. Isto porque, pela certeza da consequência imputada à ocorrência do suporte fático, realiza-se a segurança jurídica, ao passo que pela maleabilidade presente nos princípios, se promove uma maior adequação da norma à realidade, realizando-se assim a justiça concreta. Por isto, a aplicação de regras e princípios certamente deve ser conjunta.

Tendo feito a diferenciação entre as regras e os princípios (partindo do critério interessante para os fins deste trabalho) busca-se então qual seria o ponto de partida adequado para o raciocínio jurídico, estando presentes uma ou mais regras e um ou mais princípios.

Há quem entenda que, justamente pela sua maior adequabilidade ao caso concreto, que decorre de sua baixa densidade normativa, os princípios são o ponto de partida adequado para o raciocínio jurídico. Neste diapasão, destaca-se o pensamento de Roscoe Pound, para quem os princípios representam o trabalho de juristas, no sentido de que este organizando a experiência judicial por intermédio da diferenciação e comparação dos casos, formula critérios que promovam essa diferenciação e tais critérios são justamente os princípios.⁴⁴⁴

Então, para o autor supra mencionado, o princípio é um ponto de partida autorizado para o raciocínio jurídico⁴⁴⁵ que segue passando pelas regras, vez que estas são as normas que atribuem as consequências jurídicas, perpassando pelos conceitos os quais qualificam as figuras jurídicas e finalizando nos *Standards* (padrões de conduta).⁴⁴⁶

Lado outro, há quem defenda que as regras sejam os pontos de partida mais adequados do raciocínio jurídico. Isto principalmente pelo fato de que “as regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo

⁴⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

⁴⁴⁴ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 61.

⁴⁴⁵ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 60.

⁴⁴⁶ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 60-66

dos fatos, efeitos determinados e específicos”,⁴⁴⁷ diferentemente do que ocorre em relação aos princípios.

Neste sentido parece ser a lição de Karl Larenz. Para o autor alemão, o direito se distingue em três extratos, o primeiro é a ideia de direito que é o fim último de todo o direito, logo abaixo se encontram os princípios⁴⁴⁸ que são responsáveis por concretizar a ideia do direito, e no extrato mais inferior encontram-se as regulações que se pode inferir serem estas as regras jurídicas.

A ideia do direito é a justiça, pois um ordenamento que se pretenda jurídico não pode ser injusto.⁴⁴⁹ Para concretizar esta ideia e fundamentar as regras, existem os princípios. Assim, as regras são presumidamente justas, passando da justiça à injustiça quando há mudanças na sociedade as quais não foram previstas nem reguladas ainda pelo Legislador.⁴⁵⁰

Por tudo isto, não se pode conceber outro ponto de partida para o raciocínio jurídico que não seja as regras as quais são mais determinadas e tendo em vista que os princípios que lhes servem de fundamento e realização da justiça. Então, somente quando se percebe que a regra se tornou injusta (pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais)⁴⁵¹ é que se abre a possibilidade de aplicação direta dos princípios.

Neste sentido, interessante esboçar o posicionamento de Ana Paula de Barcellos. Para a autora, havendo a necessidade de ponderação, parâmetros preferenciais que garantam a racionalidade do processo devem ser buscados. Nesta busca, a autora apresenta parâmetros que seriam gerais (poderiam ser utilizados em todo e qualquer processo de ponderação) e parâmetros específicos.⁴⁵²

Neste diapasão, mostra-se útil ao presente trabalho o primeiro parâmetro preferencial apresentado. Para a autora, “diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os

⁴⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171.

⁴⁴⁸ “Os princípios de Direito justo são determinações mais detalhadas em seu conteúdo da ideia do direito no que se refere às possíveis regulações às quais se prestam a servir como pensamentos diretores e causa de justificação. Se encontram em um ponto intermediário entre a ideia do direito como fundamento último da normatividade do direito e as regulações concretas do direito positivo” LARENZ, Karl. **El derecho justo**. Madrid: Civitas, 1991, p. 39 – Tradução livre.

⁴⁴⁹ LARENZ, Karl. **El derecho justo**. Madrid: Civitas, 1991, p. 28.

⁴⁵⁰ LARENZ, Karl. **El derecho justo**. Madrid: Civitas, 1991, p. 28-29.

⁴⁵¹ LARENZ, Karl. **El derecho justo**. Madrid: Civitas, 1991, p. 30.

⁴⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159 e ss.

princípios (constitucionais ou infraconstitucionais)” então “o princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada.” ⁴⁵³

Vislumbra-se então que para a professora aludida, as regras (ao menos preferencialmente) devem ser aplicadas antes dos princípios.⁴⁵⁴ Posicionamento parecido (no sentido de considerar as normas com estrutura de regras como ponto de partida adequado do raciocínio jurídico) é esboçado por Luiz Ricardo Lorenzetti.

Para o autor argentino, nem todos os casos são fáceis (o que sempre levaria a aplicação do método dedutivo) e nem todos são difíceis (o que impossibilitaria a aplicação do método dedutivo, tornando a argumentação jurídica a única solução possível), para ele, a regra é de que os casos são fáceis sendo os casos difíceis a exceção.⁴⁵⁵

Para o autor, a decisão judicial correta (raciocínio jurídico, aplicação do direito) é aquela que parte da aplicação das regras, evitando uma decisão *contra legem*. O primeiro passo do processo de dedução é a delimitação dos fatos, que é seguido pela identificação da norma (regra) aplicável e da dedução da solução do caso concreto, a partir dos elementos fático e normativo apurados no processo.⁴⁵⁶

Apenas no segundo passo do processo que aparece a figura dos princípios. Num primeiro momento desse segundo passo, o aplicador do direito deve promover um “olhar para trás” visualizando se a solução a que chegou condiz com os precedentes existentes, visto que aquele que pretender romper com o precedente, por força igualdade perante a lei e da segurança jurídica, deve assumir a carga argumentativa que justifica a mudança.⁴⁵⁷ Em seguida, em um “olhar para cima” aplicam-se os princípios jurídicos

⁴⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159 e ss.

⁴⁵⁴ Diz-se preferencialmente porque há casos em que os princípios serão aplicados primeiramente, isto porque a autora concebe os princípios como a figura de dois círculos concêntricos, dentre os quais, o círculo central constitui o núcleo do princípio e para a Autora este núcleo tem a natureza de regra, podendo ser aplicado preferencialmente em relação a outros princípios e regras a depender dos outros parâmetros por ela desenvolvidos em sua obra. Neste sentido, confira-se BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 178 e ss.

⁴⁵⁵ “Entendemos que a terceira posição é mais aceitável, já que não ignora que a maioria dos casos é dedutivamente resolvida (casos fáceis), e como exceção existem dificuldades normativas ou fáticas, ou ainda no processo lógico que habilitam resolver com base na argumentação jurídica (casos difíceis).” LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 158.

⁴⁵⁶ LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

⁴⁵⁷ LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160-161.

como mecanismo de harmonização das regras que poderiam ser utilizadas no processo dedutivo.⁴⁵⁸

Este segundo passo engloba ainda uma preocupação importante que é a análise consequencialista (“olhar para frente”) que promove a verificação dos possíveis resultados da decisão judicial no futuro a depender do resultado dessas análises poderá se constatar estar diante de um caso difícil que necessita, portanto, da aplicação direta dos princípios.⁴⁵⁹ Um terceiro passo apontado pelo autor é o da solução nos casos difíceis, justamente quando haverá a aplicação direta e mediata dos princípios.⁴⁶⁰ O quarto e último passo apontado é o da solução com base nos paradigmas.⁴⁶¹

Feitas estas considerações propedêuticas, pode-se partir para a análise da colisão entre o direito à liberdade de expressão religiosa quando exercido no rádio e na TV com outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores, buscando-se uma (algumas) solução (soluções) constitucionalmente adequada(s) para tais conflitos.

3.4.3 A compatibilização da liberdade de expressão religiosa no rádio e na televisão com outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores

Firmadas a premissa de que a liberdade de difundir a doutrina religiosa professada, inclusive por intermédio do rádio e da televisão, é decorrente tanto do direito à liberdade religiosa quanto do direito à liberdade de expressão; Assentado o entendimento de que aos direitos fundamentais em geral se confere maior proteção contra ingerências estatais indevidas, a partir da concepção de um suporte fático amplo destes direitos e de uma teoria externa dos seus limites; e verificada a possibilidade de que o exercício do direito à liberdade de expressão de expressão religiosa, no rádio e na televisão possa colocar tal direito em rota de colisão com outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores, necessário é traçar parâmetros para solução deste conflito.

⁴⁵⁸ LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.161.

⁴⁵⁹ LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-163.

⁴⁶⁰ Isto se fará necessário “quando não se pode deduzir a solução de modo simples da lei, porque há dificuldades na determinação da norma aplicável ou na sua interpretação” ou “quando é necessário afastar-se da lei, porque ela é inconstitucional” LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 163.

⁴⁶¹ Os paradigmas são pré-concepções que condicionam a aplicação das regras e dos princípios distinguindo as soluções possíveis a depender do paradigma adotado na decisão. LORENZETT, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 163.

A estrutura constitucional da liberdade de expressão, dentro da qual se encontra a liberdade de expressão religiosa, é realizada sobre um princípio e duas regras: princípio da ampla liberdade de expressão, e as regras da vedação da censura e da licença prévia e do anonimato. Assim, partindo-se de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a liberdade de expressão religiosa permite ao seu titular o direito de difundir a doutrina religiosa professada independentemente do conteúdo do discurso religioso proferido, e sem a necessidade de submeter a mensagem à qualquer crivo imposto pelo Poder Público e de obter previamente uma licença para fazê-lo, desde que se faça isto sem que se esconda o responsável pelo mensagem transmitida.

Como dito alhures, não se trata de um direito absoluto. A liberdade de expressão religiosa como qualquer direito fundamental encontra seus limites, limites que como visto, não são inerentes à sua estrutura, mas são impostos de forma externa pela necessidade de compatibilização deste direito com outros direitos fundamentais.

Assim, da mesma forma que não se pode afirmar que a liberdade de expressão seja um direito absoluto, por não estar submetida à censura ou licença prévia, ante a regra insculpida no artigo 5º, IX da Constituição, também não se pode dizer que a vedação do anonimato prevista pela regra do artigo 5º, IV da Carta Magna, represente um limite imane a este direito. A verdade é que as duas regras foram criadas pelo Legislador Constituinte fruto de uma pré-ponderação cujo objeto é conceder um marco inicial no caminho para soluções dos conflitos envolvendo a liberdade de expressão (inclusa a liberdade de expressão religiosa) e os demais direitos fundamentais.

A liberdade de expressão certamente deve respeitar a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas, direitos da personalidade constitucionalmente assegurados no artigo 5º, X da Lei Maior, mas isto não significa que somente estão protegidas pela liberdade de expressão as manifestações que não se choquem de alguma forma com estes direitos. Não raras vezes, a expressão de ideias e convicções poderá colocar em rota de colisão a liberdade de expressão e estes outros direitos da personalidade.

Pensando no conflito abstrato de tais direitos, o Constituinte parece ter conferido posição preferencial à liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais, uma vez que não obstante o risco iminente de ofensa a outros direitos da personalidade, retirou do Estado a possibilidade de submissão do discurso à censura e a necessidade de licença prévia como prevê o supramencionado artigo 5º, IX.

Neste diapasão Luis Roberto Barroso defende que “ainda que seja possível limitar a liberdade de expressão na forma do que for previsto constitucionalmente, essas restrições nunca poderão se dar através de censura ou licença prévia, pois as regras constitucionais que vedam tais procedimentos não admitem exceções.”⁴⁶²

Ademais, o conteúdo essencial⁴⁶³ dos direitos em colisão com a liberdade religiosa parece ter sido preservado no processo de pré-ponderação executado pelo Legislador Constituinte. Isto porque, ao impor como limite (externo) à liberdade de expressão a vedação do anonimato, a Carta Constitucional assegura a responsabilização posterior daqueles que em nome da liberdade de expressão violam direitos de terceiro. Além disto, no artigo 5º, X da Lei Maior, é assegurada a devida indenização pelo dano moral ou material caso haja violação deste direitos.

Deve-se ter presente ainda que o Legislador retirou do âmbito de proteção definitivo da liberdade de expressão a possibilidade de manifestações que ofendam a honra e a imagem das pessoas ao criminalizar as condutas de calúnia, difamação e injúria, impondo tais limites à liberdade de expressão por compreender que em tais casos a honra deverá prevalecer.

Ademais, a injúria baseada em elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, também fora criminalizada como se vê na leitura do artigo 140, §3º do Código Penal brasileiro. Tal injúria muito se assemelha ao discurso de ódio que também busca desqualificar um conjunto de pessoas, ofendendo-lhes a dignidade com base em tais elementos, a diferenciação é que o crime de injúria é cometido contra um, ou alguns indivíduos determinados, ao passo que o discurso de ódio é proferido contra pessoas que não podem ser individualizadas.

Tendo em vista a proximidade da injúria qualificada do artigo 140, §3º do discurso de ódio, tem-se um argumento para proibir sua propagação, o que obviamente não significa punir criminalmente quem o faça visto que tal conduta não é prevista em

⁴⁶² BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 362.

⁴⁶³ O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a expressão jurídica do valor inerente a cada um destes direitos e liberdade públicas reconhecidos constitucionalmente, constitui o resultado da conjugação entre o valor da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como fundamento da política e da paz social, e o núcleo radical próprio de cada direito relacionado com suas respectivas manifestações particulares. Neste sentido, confira-se: RODRÍGUES-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española**. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1996, p. 235.

qualquer tipo penal. Isto, contudo, não afasta a possibilidade de determinação do pagamento de indenização aqueles que se sentirem atingidos em sua honra pela manifestação de ódio. Semelhantemente, em tais casos é possível a cessação da concessão da exploração dos serviços de rádio e teledifusão, ante o não atendimento de suas finalidades, dentre as quais, não se encontra a propagação de discurso de ódio.

Ressalte-se que a comunicação social encontra-se submetida aos princípios insculpidos no artigo 221 e incisos da Constituição Federal. Sendo assim, a liberdade de expressão religiosa quando exercida no rádio e na televisão, encontram como limites (externos) o atendimento a estes princípios.

Em suma, o conflito do direito à liberdade de expressão religiosa dos indivíduos e confissões religiosas que se utilizam do rádio e da televisão para difundir sua crença, e outros direitos da personalidade dos ouvintes e telespectadores como a privacidade, a intimidade, a honra, deverá ser solucionado tendo como ponto de partida as regras a respeito da liberdade expressão previstas na própria constituição.

Nesta quadra, frise-se que não se pode conceber a possibilidade de submissão da mensagem religiosa à censura e à licença prévia, primeiramente pela regra da vedação da censura e da instituição de licença prévia do artigo 5º, IX da Constituição, regra esta reforçada pelo princípio da liberdade de expressão e pelo princípio da laicidade estatal que tira do Estado qualquer competência em matéria religiosa, e lhe impõe uma conduta de neutralidade frente as confissões religiosas existentes.

Inclusive, já foi sustentado pela Corte Constitucional brasileira que nenhum limite legal poderia ser imposto em relação à liberdade de expressão, uma vez que as limitações existentes seriam apenas as já consagradas na Lei Maior, cabendo assim ao Poder Judiciário, apenas a tarefa de realizar as ponderações pertinentes em caso de conflito com outros direitos.⁴⁶⁴

Lado outro, quando o discurso proferido constituir crime poderá e deverá ser limitado, tendo em vista as normas penais incriminadoras em questão. Tal entendimento também já foi esboçado pelo Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Celso de Mello no famoso "caso Ellwanger" no qual o paciente do *habeas corpus* n. 82.424/RS,

⁴⁶⁴ Neste sentido foi o voto do Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, que declarou a não-recepção da lei nº 5.250/1967 pela ordem constitucional brasileira. O Ministro foi o relator da referida ação e teve seu voto acompanhado pela maioria. Confira-se: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**. Relator: Min. Ayres Brito. Julgamento em 30/04/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 20/12/2014.

recorria de condenação pelo crime de racismo tendo em vista sua atuação como editor de obra de cunho antisemita.⁴⁶⁵

Assim, restrições ao direito de liberdade de expressão religiosa como a suspensão de programas religiosos por exemplo, somente poderão ser impostas tendo em vista o caso concreto e precisam ser devidamente justificadas com a utilização da regra da proporcionalidade, a qual será o instrumento hábil à composição do conflito entre este direito e os demais direitos com ele conflitantes.

Neste sentido, parece convergir a jurisprudência da Suprema Corte brasileira⁴⁶⁶, que parece adotar uma posição preferencial do direito à liberdade de expressão, sem descurar que não se trata de um direito absoluto, mas que poderá ser restringido desde que a medida imposta tenha caráter excepcional, vise a proteção de bem ou valor jurídico constitucionalmente protegido e sejam observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito.

Isto significa, tal como concebido por Luis Ricardo Lorenzetti, que somente quando as regras da vedação da censura e da licença prévia e da vedação do anonimato (que possibilita a responsabilização posterior com a devida condenação à reparação dos danos morais e materiais, e a depender da gravidade a cessação da concessão de rádio ou televisão) não forem aptas à solucionar os conflitos entre os direitos, é que se deve realizar um "olhar para cima" e buscar nos princípios da liberdade de expressão, da liberdade religiosa, da laicidade estatal e dos demais direitos fundamentais em conflito, a solução adequada.

Não se pode olvidar que as confissões religiosas são atores sociais, que têm como finalidade a comunicação de mensagens ao público e que para tanto podem se utilizar de todos os instrumentos hábeis, incluindo-se o rádio e a televisão. Isto é decorrência da maximização das possibilidades de exercício dos direitos de liberdade religiosa e de expressão, e não se verifica na Lei Maior qualquer motivo para que isto não aconteça. Assim, as alusões vagas e não fundamentadas acerca da tentativa de manipulação de consciências débeis, de incitação ao ódio, entre outras, não são suficientes para fundamentar uma restrição neste direito, e não raras vezes escamoteiam a existência de um perigoso paternalismo estatal e do preconceito antirreligioso.

⁴⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Julgamento em 19/09/ 2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 18/12/2014.

⁴⁶⁶ Coforme os casos acima analisados.

Deve-se ter presente ainda que a mensagem religiosa não pode ser tratada exatamente da mesma forma que uma mensagem não-religiosa, isto em vista das especificidade meta-rationais do fenómeno religioso, somadas ao princípio da laicidade estatal, o que impossibilita a aplicação de princípios da veracidade do conteúdo da mensagem, da proibição da publicidade enganosa e da proteção da saúde, por exemplo, em termos que impliquem um juízo de valor sobre o mérito teológico ou eclesiástico intrínseco às confissões religiosas, ou que venha a tocar suas dimensões éticas e morais essenciais. Lado outro a estes princípios se pode perfeitamente submeter as mensagens não-religiosas sem que isto represente um ultraje à liberdade de expressão.⁴⁶⁷

Nesta senda, o discurso religioso quando manifestado no rádio e na televisão, dificilmente poderá ser submetido aos princípios da comunicação social trazidos no artigo 221, da Lei Maior. Ora, como poderá uma pregação religiosa promover a cultura nacional e regional (artigo 221, II)? Quais seriam os valores éticos e sociais da pessoa e da família aos quais o discurso religioso deveria respeitar (artigo 221, IV)? Até a definição de família pode mudar de religião para religião, quanto mais os valores éticos e sociais dela.

Há que se ter presente ainda que estas peculiaridades meta-rationais do discurso religioso, também não se mostram justificativa plausível para limitação do acesso dos indivíduos e confissões religiosas aos meios de comunicação em massa. Neste sentido é a lição de Jonatas Machado⁴⁶⁸ que, ao tratar do proselitismo religioso, visualiza neste o *locus* privilegiado para a restrição da liberdade religiosa. Isto porque segundo o autor, é possível verificar uma aliança expressa ou tácita entre o Estado e a confissão dominante. Assim, os movimentos religiosos minoritários são ditos como focos potenciais de desestabilização da ordem teológico-política estabelecida.

O Estado não deseja ver perturbados os mecanismos de integração e controle social, ao passo que a confissão dominante pretende defender o seu monopólio religioso das ameaças externas. Isto tem como resultado o desenvolvimento de estratégias de restrição das possibilidades de expressão das confissões religiosas minoritárias.

Para o Autor, uma destas estratégias foi a proibição realizada em Portugal pelo Decreto-Lei nº 330/90 com redação conferida pelo Decreto-Lei nº 6/95 que proibiu a

⁴⁶⁷ Tratando de outro assunto, mas em sentido semelhante, confira-se MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 226, nota 749.

⁴⁶⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 226.

publicidade que tenha como objeto ideias de conteúdo religioso. Assevera o Autor que tal preceito não pode ser tido como uma restrição à liberdade religiosa, pois não subsistiria perante um controle substantivo feito com base na licitude do fim perseguido e na análise da proporcionalidade em sentido amplo (adequação e necessidade) dos meios utilizados para o efeito.⁴⁶⁹

A única interpretação constitucionalmente adequada do artigo 7º -2 do Código da Publicidade seria a de que ele realiza a "proibição da utilização de ideias de conteúdo religioso para finalidade publicitárias *stricto sensu*, e não como uma restrição do acesso das confissões religiosas aos suportes publicitários." ⁴⁷⁰ Contudo, nem esta interpretação consegue sustentar a constitucionalidade deste dispositivo já que o artigo 41º-1 e 8 do referido Decreto-lei equipara a publicidade de ideias de conteúdo religioso à publicidade enganosa. ⁴⁷¹

Afirma o Autor que a referida proibição padece de inconstitucionalidade, uma vez que presume o caráter fraudulento e manipulativo da proclamação da mensagem religiosa através de suportes publicitários baseando-se em preconceitos antirreligiosos, ou anti-minoritários que não podem ser sancionados pela Constituição.⁴⁷² O caso analisado pelo Autor português chama atenção para os cuidados necessários quando da restrição da liberdade de expressão religiosa, para que não haja o comprometimento de princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destaca o princípio do Estado Laico.⁴⁷³

Ademais, deve-se ter presente que o fundamentalismo religioso pode ser distinguido em duas espécies: o fundamentalismo-crença e o fundamentalismo-militante. O primeiro, "de estilo hermenêutico e tolerável (até as raias do proselitismo)";

⁴⁶⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 226 e ss. nota 749.

⁴⁷⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 227, nota 749.

⁴⁷¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 226-227, nota 749.

⁴⁷² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 228, nota 749.

⁴⁷³ Não se ignora que o princípio do Estado Laico possua certas premissas e não tenha vigência absoluta uma vez que existem valores básicos fundamentadores do estado constitucional que se mostram preciosos no conflito contra o fundamentalismo, mas que não o convertem em um sistema fundamentalista. Neste sentido confira-se WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49.

o segundo, "que afronta valores estruturantes do Estado democrático de direito, e como tal é constitucionalmente bloqueável." ⁴⁷⁴

Na esteira de Jayme Weingartner Neto, deve-se destacar que nem sempre o compromisso religioso torna um crente em um militante, de forma que é possível que determinada religião atribua aos seus seguidores a única forma de compreensão da vida, de Deus, da natureza, etc., sem que isto implique em obrigar que os outros partilhem dessa crença ou em lutar para que ela se torne uma crença obrigatória. ⁴⁷⁵

Então, é possível afirmar que o fundamentalismo-crença deverá ser tolerado em um Estado que se pretenda Democrático e Direito, como parte do âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa. Lado outro, um fundamentalismo-militante, poderá ser bloqueado com vistas a proteção de outros direitos fundamentais (limites externos).

Assim, é perfeitamente compatível com a liberdade de expressão religiosa que um pastor ou padre, por exemplo, utilizando do rádio ou da televisão, e com o intuito de divulgar sua crença, afirme que o comportamento da homossexualidade é religiosamente reprovável tendo em vista que Deus criou "macho e fêmea" para que "crescessem e dominassem a terra". Entende-se que mesmo que tal discurso possa tocar direitos da personalidade como honra, vida privada, imagem, direito ao esquecimento, de pessoas de identificação homoafetiva, não há razões constitucionais que impeçam tal discurso, e qualquer medida no sentido de impedi-lo se mostrará desproporcional.

Nesta quadra, deve-se ter presente que a Corte Constitucional brasileira tem conferido proteção mesmo à manifestações impopulares e potencialmente ofensivas ao senso comum na órbita da opinião pública, como ocorreu no caso da "marcha da maconha". ⁴⁷⁶ Semelhantemente, o Supremo Tribunal Federal tem considerado protegidas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão até mesmo manifestações que em outro contexto poderiam ser tido como ilícitas, ainda que em uma perspectiva dominante tais manifestações possam ser consideradas no mínimo impróprias ou de "mau gosto". ⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

⁴⁷⁵ Neste sentido, confira-se: WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53-54.

⁴⁷⁶ Neste sentido, confira-se BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 15/06/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em 19/12/2014.

⁴⁷⁷ Neste sentido foi a decisão no *habeas corpus* n 83.996/RJ em que um diretor teatral requeria o trancamento de ação penal por atentado ao pudor, uma vez que, em virtude de vaias recebidas, teria

Todavia, um discurso, por exemplo, de que aos casais homoafetivos devam ser negados direitos fundamentais como liberdade sexual, direito ao voto, direito à paternidade (adoção), direitos civis relacionados ao matrimônio, entre outros, tendo em vista que a união entre pessoas do mesmo sexo supostamente não é "aceita" por Deus, não goza da mesma imunidade. Tal discurso ultrapassa as raías do fundamentalismo-crença e avança em direção a um fundamentalismo-militante que se mostra extremamente nocivo ao Estado Democrático de Direito e que não pode ser por ele tolerado.

Neste caso, fácil perceber que a liberdade de expressão religiosa cederá em nome dos direitos dos homossexuais e de outros bens e valores constitucionalmente protegidos, sem que isto represente uma violação àquela garantia. Deve-se ter presente que ainda neste caso, não há que se falar em censura ou licença prévia visto a regra constitucional de sua vedação, mas em responsabilização posterior dos responsáveis pela divulgação do discurso, sempre utilizando-se como instrumento a regra da proporcionalidade. Mais uma vez, recorre-se a Ronald Dworkin para dizer que **"a tolerância é o preço que temos de pagar pela nossa aventura de liberdade."** ⁴⁷⁸

exposto as nádegas para a plateia como forma de protesto. A corte considerou que a reação do paciente encontrava-se protegida pela liberdade de expressão, ainda que tenha sido mau-educada, determinando o trancamento da ação penal. Confira-se BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 83.996/DF**. Relator: Min. Carlos Veloso. Julgamento em 17 de agosto de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+83996%29&base=baseA cordaos>. Acesso em 18/12/2014.

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Vida, Morte e Raça. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 182. (não ostenta os grifos no original).

CONCLUSÃO

A liberdade religiosa, além de condição *sinequa non* do Estado Democrático de Direito, é um dos direitos fundamentais da personalidade mais caros da existência humana, sua proteção e promoção é dever de qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito. Contudo, há que se ter presente a existência de peculiaridades meta-rationais do fenômeno religioso e que tais condições não podem ser suprimidas, modificadas ou marginalizadas pelo Estado sob pena de comprometer sua neutralidade em matéria religiosa.

Enquanto direito fundamental, a liberdade religiosa possui um suporte fático amplo, o que insere em seu âmbito de proteção toda ação, posição ou estado que encontre ligação com seu âmbito temático. Dentre tais ações, posições e estados se encontram direitos como o direito de externar a crença religiosa, o direito de propagar e ensinar a doutrina religiosa e o direito de buscar novos adeptos a crença, entre outros, aqui chamados de direito à liberdade de expressão religiosa.

A seu turno, os meios de comunicação social surgidos no início do século passado e desenvolvidos a ponto de revolucionar a comunicação, utilizam-se do espectro eletromagnético para seu funcionamento. O espectro eletromagnético por sua vez é um bem ambiental, por isto, de titularidade difusa e coletiva, ou seja, pertencente a todos, o que impõe a democratização do acesso aos meios de comunicação em massa que dele se utilizam como o rádio e a televisão.

Por isto, não somente a liberdade religiosa, mas a liberdade de expressão e o direito de antena, (compreendido como direito de acesso aos meios de comunicação em massa, não somente de captação, mas também de transmissão de mensagens) advogam em favor da possibilidade de utilização do rádio e da televisão, por indivíduos e confissões religiosas e variadas formas de manifestação da religiosidade, para fins de exercício do direito à liberdade de expressão religiosa.

Ocorre que o discurso religioso, por vezes, pode colocar este direito à liberdade de expressão religiosa em rota de colisão com outros direitos fundamentais dos ouvintes e telespectadores. Nestes casos, se faz necessário buscar soluções constitucionalmente adequadas para tais conflitos de modo a não violar a liberdade religiosa e nem a laicidade estatal.

Assim, conclusivamente, a regra da proporcionalidade surge como instrumento de solução deste conflitos de direitos fundamentais. Para este resultado, há que se ter

presente que, antes de se fazer uma ponderação entre princípios colidentes, deve-se observar a regra constitucional da vedação da censura e da licença prévia, a qual faz ainda mais sentido no que toca o discurso religioso, tendo em vista o princípio do Estado Laico.

Por isto, não há como se adotar como solução para o confronto entre o direito à liberdade de expressão religiosa e outros direitos, a submissão do discurso religioso a qualquer censura ou à necessidade de licença prévia. Assim, qualquer limitação a este direito deverá ser realizada *a posteriori* e ser constitucionalmente adequada, ou seja, deve passar pelo crivo da proporcionalidade.

Então, qualquer medida com o intuito de restringir a liberdade de expressão religiosa deve ter como objetivo a realização de outro direito fundamental (deve ser adequada). Ademais, a medida a ser tomada deve ser a que realize o objetivo proposto com igual eficácia que outras possíveis e restrinja a liberdade de expressão religiosa com menor intensidade. Por fim, o direito a ser realizado deve ser considerado mais importante, de modo que a importância de sua satisfação do direito colidente seja justificativa suficiente para a afetação do outro direito.

Qualquer medida estatal que afete o direito a liberdade de expressão religiosa, como impedir seu exercício em meios de comunicação em massa, submetê-lo à censura ou à licença prévia, ou que represente uma restrição que não subsiste ao crivo da proporcionalidade, se mostra inconstitucional.

Ressalte-se que, na resolução dos conflitos envolvendo a liberdade de expressão religiosa, o Estado deve sempre ter presente as especificidades meta-físicas do fenômeno religioso, que diferencia o discurso religioso dos demais. Deve ainda, ter presente que a adoção de uma postura de secularização ou marginalização do fenômeno religioso é tão prejudicial ao Estado Democrático de Direito e tão comprometedora do princípio do Estado Laico, quanto a adoção de uma religião oficial.

REFERÊNCIAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Liberdade Religiosa e Estado**. Lisboa: Almedina, 2002.
- ALARCÓN, Mariano López. Contenido esencial del derecho de libertad religiosa. **Anales de derecho**. Universidad de Murcia. n. 15. p. 25-39, Murcia, 1997.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. **Revista Iuset Praxis**. vol 12. n. 2. p. 13-41. Talca, 2006.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. **Política**. Trad de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In _____. **Temas de direito constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER- PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 36, p. 106-114. São Paulo, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol2, São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. as liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 5, p. 1-19, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2006. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2014.

BLANCO, María. Libertad religiosa y laicidad: una aportación de derecho global. **Revista Persona y Derecho**. vol. 60, p. 195-208. Navarra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

BÖCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejos Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez – 1. Aufl – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Capanelli. O Estado laico e a associação entre Igreja e Estado na experiência constitucional brasileira: normas de tutela da unidade territorial nos regimes imperial e republicano. In: _____.; ROBL FILHO, Ilton Norberto; MARRAFON, Marco Aurélio. (org.). **XXI Congresso Nacional do CONPEDI: Teoria e História do Direito Constitucional**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtercides. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. **Revista brasileira de estudos políticos**. n. 107, p. 227-265. Belo Horizonte, 2013.

BORGES, Alexandre Walmott; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; MARINHO, Sérgio Augusto Lima. O Estatuto do Idoso – análise sobre a autonomia dos direitos fundamentais da lei em relação aos direitos fundamentais constitucionais. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Joseane Araújo (orgs.). **Temas contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pílares, 2013.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**. Relator: Min. Ayres Brito. Julgamento em 30/04/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 20/12/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 15/06/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em 19/12/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Julgamento em 19/09/ 2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 18/12/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 83.996/DF**. Relator: Min. Carlos Veloso. Julgamento em 17 de agosto de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+83996%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 18/12/2014.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, vol1, n. 15. p. 117-136. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público -IDP, 2007.

CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARBONELL, Miguel. De lalibertad de consciencia a lalibertad religiosa: una perspectiva constitucional. **Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana**. n. 33, p. 113 -144. México, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. vol II. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito à informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina, 2012.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista USP**. n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro. São Paulo, 2001.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DUCHACEK, IVO D. **Derechos y libertades en el mundo actual**: las promesas constitucionales y la realidad. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1976.

DWORKIN, Ronald. Expressão, Consciência, Sexo. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Liberdade de Expressão, Política e as Dimensões da Democracia. In: _____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Vida, Morte e Raça. In: _____. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. (org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pilares, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLORES, Joaquim Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales – crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Los libros de Catarata, 2005.

GARCIA, Maria. A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). **Direito à liberdade religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito à informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Dimensões da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: UNAM, 2003.

HABERMAS, Jürgen. De la tolerancia religiosa a los derechos culturales. **Claves de razón práctica**. n°. 129, p 4-13, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. México: UNAM, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LARENZ, Karl. **El derecho justo**. Madrid: Civitas, 1991.

LIBÉBANA, María José Carazo. El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental. **Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política**. n. 14, p. 43-74. Madrid, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luiz, **Teoria da Decisão Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**: entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (org.) **Diálogo de fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINHO, Sérgio Augusto Lima. Diálogo de fontes como meio de realização de direitos fundamentais: o caso do reconhecimento da união homoafetiva no direito brasileiro. In: MARTINS, Fernando. (org.). **Direito em Diálogo de Fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MARINHO, Sérgio Augusto Lima; BORGES, Alexandre Walmott. O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do Poder Judiciário brasileiro perante omissões legislativas. In VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE**: Direitos Fundamentais e Democracia II. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. Introducción histórica a las libertades de información y expresión. **La libertad de información y de expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **Da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1963.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima. (org.), **Diálogo de fontes**: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. tomo IV. São Paulo: RT, 1967.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6.ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: O princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n 18, p. 225-241. Brasil, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NICHOLAS, Roy F. **Religião e Democracia**. São Paulo: IBRASA, 1963.

NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

OLIVEIRA JUNIOR, Albino Queiroz. Direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive seus direitos sociais. IN: LOTUFO, Renan. (Cord.). **Direito Civil Constitucional**. caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

PAULA, Felipe de. **A (de) limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. in: GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; _____. (cords.). **Direito, Cidadania e Justiça**: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a Lei**. São Paulo: IBRASA, 1965.

QUEIRÓZ, Cristina. **Interpretação constitucional e Poder Judicial**. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAWLS, JONH. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, Carine Delgado Caúla. A dignidade da pessoa humana como limite ao exercício da liberdade de expressão. In: LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**. caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: Uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea. **Revista Eletrônica do CEJUR**. vol. 1, n.1, p. 184-205, ago./dez., Brasil, 2006.

RODRÍGUES-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española**. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1996.

SÁNCHEZ, Cristóbal Orrego; SERRANO, Javier Saldaña. Extensiones del derecho fundamental de libertad religiosa. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 6, p. 107-134. México, 2002.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. Consciências Privadas e Razões Públicas. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. (orgs.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: _____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Dimensões da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAMBECK, Herbert. La libertad religiosa y el pluralismo de nuestro tiempo. **Revista Persona y Derecho**. vol. 65, p. 159-167. Navarra, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. nº 798, p. 23-50, São Paulo, 2002.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo Juarez de Oliveira, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. I, Porto Alegre: SAFE, 1997.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa**: uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.