ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

NOVA LEI FRANCESA DE LAICIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENSAIO INTRODUTÓRIO

NEW FRENCH LAW OF SECULARISM AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS: INTRODUCTORY ESSAY

Rogério Magnus Varela Gonçalves*

RESUMO: O princípio constitucional da liberdade religiosa é considerado o *prius* dos direitos fundamentais. A França é deveras importante neste aspecto, eis que foi um dos primeiros países a elevar a laicidade (separação entre o Estado e a Religião) ao patamar de cânone republicano. Todavia, a novel norma gaulesa acerca da matéria determina a impossibilidade de o indivíduo portar qualquer símbolo de sua pertença religiosa. Tal previsão normativa a em choque com a dignidade da pessoa humana, e é essa colisão de direitos o tema central do presente estudo.
Palavras-chave: Liberdade religiosa. Direitos Fundamentais. Lei Stasi.

ABSTRACT: The constitutional principle of religious freedom is regarded as the prius of the fundamental rights. France is very important in this aspect since it was one of the first countries to elevate secularism (separation of state and religion) to the level of republican canon. However, the standard Gallic novel on the subject determines the impossibility of the individual to carry any symbol of the religious affiliation. Such a normative prediction is against the human dignity, and this collision of rights is the focus of this study.
Keywords: Religious freedom. Fundamental Rights. Law Stasi.

* Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba – ESMAT/PB, da Universidade Cândido Mendes, da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, do Centro de Ensino, Consultoria e Pesquisa da Universidade Potiguar – UnP, e da Faculdade de Direito de Caruaru – FADICA. Advogado.

1 A LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIGAÇÃO INDISSOLÚVEL

Com o fito de contextualizar o pleno exercício da prática religiosa, como sendo um direito fundamental dos indivíduos isoladamente considerados, assim como um direito que atinge toda a coletividade, posto é, concomitantemente, um direito de cada um e de todos, faz-se mister – aprioristicamente – estabelecer a ponte que une os itens em apreço.

O ponto de interseção entre os dois tópicos (liberdade religiosa e Direitos Fundamentais) existe no momento em que vários autores chegam a afirmar que a busca pelo livre arbítrio religioso seria responsável pela gênese dos direitos fundamentais. Confirmando o que se alega, pede-se venia para transcrever as palavras de J. J. GOMES CANOTILHO, quando repele o pensar de G. JELLINEK sobre o assunto, *verbis:*

> A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à "verdadeira fé". Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais[1].

Não entrando nesta controvérsia, mesmo que não se possa identificar na busca plena da liberdade de religião o nascimento dos Direitos Fundamentais, tem-se por inegável que o exercício livre e soberano das devoções alcança o quilate de fundamentalidade.

Ainda para enfatizar o ponto de contato destas duas temáticas (direitos fundamentais e liberdade religiosa), é de bom alvitre a transcrição de escólios de Jorge Miranda, quando afirma que:

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 383.

> 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[2]. (grifos acrescidos)

O fato de se asseverar que a liberdade de crença no plano extraterreno é garantida aos indivíduos considerados de per si não tem o condão de excluir, do referido direito, o cunho plural.

Com efeito, no somatório das individualidades, verifica-se que os direitos fundamentais têm caráter de maior amplitude, albergando toda a coletividade.

Consoante fora dito no fronstispício deste estudo, é crucial a delimitação conceitual dos direitos fundamentais, e isso passa, necessariamente, pela apreciação terminológica que será feita em seguida.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: TERMINOLOGIA E DIFICULDADES DE CONCEITUAÇÃO

Após uma breve análise da estreita relação entre os direitos fundamentais e o plano religioso, faz-se imperioso tentar desfazer alguns embaraços vocabulares e de definição.

No que pertine ao aspecto terminológico, verifica-se, como bem salientou Ingo Wolfgang Sarlet[3], que existe uma divergência doutrinária de taxonomia com relação ao que vem a ser direito fundamental.

Aduz, o constitucionalista brasileiro, que diversos vocábulos são utilizados com sinonímia, sem que, contudo, exista apego científico-terminológico nestas nomenclaturas.

Com efeito, não raramente, verifica-se, na doutrina especializada em Direitos Fundamentais, a utilização de expressões como "direitos fundamentais", "direitos humanos", "liberdades públicas", "direitos naturais", "direitos públicos subjetivos", "direitos individuais", "direitos humanos

2 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 407. t.4.

3 O professor Ingo Wolfgang Sarlet possui magistral obra sobre o tema em comento. Trata-se da célebre **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, tese de doutoramento do citado catedrático na Universidade de Munique. O leitor que pretender um aprofundamento sobre as imprecisões terminológicas acerca dos direitos fundamentais encontrará na obra telada rico material de pesquisa, mormente nas páginas 31 e seguintes.

fundamentais", "liberdades fundamentais", todas para significar a gama de direitos que a Lei Fundamental concedeu aos seus destinatários.

Logo, existe uma desordem quando não se faz a distinção devida entre Direitos Fundamentais e os conceitos afins[4].

Registre-se, é bem verdade, que a utilização imprecisa de certos termos jurídicos decorre, em muitos casos, de inadequação normativa. Para robustecer a assertiva anterior, é de bom alvitre registrar que a Norma Ápice brasileira de 1988, ao se debruçar sobre a matéria, tratou com similitude expressões que possuem sentidos invulgares.

Contudo, é premente a diferenciação conceitual.

A expressão que mais é confundida com a de "direitos fundamentais" é a de "direitos humanos". Acerca deste vocábulo, deve-se ter em mente que ele serve para designar uma gama de direitos que derivam do jusnaturalismo e que não estão, necessariamente, positivados. Com efeito, não se pode elencar um rol exaustivo dos direitos humanos, uma vez que – como o próprio nome já antecipa – estes são próprios aos homens, razão pela qual lhe são inatos e são somados a outros beneplácitos jurídicos conquistados com o passar dos anos (mesmo não-codificados) e a conseguinte evolução social.

A idéia de que os direitos humanos são apenas aqueles que já nascem com o indivíduo aparenta restrita, uma vez que inibiria a conquista social de novos direitos, fator que poderia desencadear no engessamento da sociedade e do subsistema normativo. Seguindo esta esteira de raciocínio, impende destacar que a listagem hodierna de direitos humanos é bem mais complexa da de outrora, o que corrobora as alegações anteriores de que diversos direitos humanos são conquistados ao longo da existência.

Os direitos fundamentais, por seu turno, derivam mais proximamente dos valores do constituinte. O rol de direitos fundamentais está inserido na Carta Constitucional, razão pela qual se deve relembrar que a constitucionalização destas garantias lhe é essencial à compreensão.

4 Para dissipar quaisquer inquietudes sobre os institutos correlatos com os Direitos Fundamentais e eles próprios é de bom tom que o leitor siga o bom caminho, lendo quatro obras de pureza conceitual, a saber: (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393-398.;CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição:** Direitos Humanos, Direitos Fundamentais. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 225/237. v.2.; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** Direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.p. 51-77. t.4.; MIRANDA, Jorge.**Direitos Fundamentais:** Introdução geral: apontamentos das aulas. Lisboa: Coimbra editora, 1999. p. 27-47.

Reforçando estas diferenciações existentes entre os direitos humanos e os fundamentais, Paulo Branco afirma que:

> A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições do homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. A expressão direitos humanos, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em tratados e em documentos de direito internacional. Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas de pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.[5]

De tudo o que foi exposto, verifica-se que o mais nítido traço de distinção entre os direitos humanos e os fundamentais é o fato de que estes estão consagrados na Carta Constitucional. É o que se pode chamar de enfoque dogmático-constitucional dos Direitos Fundamentais.

A incerteza definitória também tem razão em virtude de se terem constitucionalizado algumas garantias que derivaram do direito natural, tornando-as fundamentais (pelo menos sob o prisma da fundamentalidade formal).

No que pertine ao fenômeno da constitucionalização, deve-se ter em mente que constitucionalizar, como é de geral sabença, é elevar um comando normativo ao nível supralegal.

Pode-se afirmar, sem embargo, que constitucionalização é o procedimento através do qual as normas que anteriormente estavam cingidas ao patamar infraconstitucional são mantidas em vigor, só que agora com status de norma-cume. Tal elevação do grau normativo, passando à esfera constitucional, é crucial para que se possa enquadrar algum aspecto juridi-

5 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **VVAA,** Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.125.

camente relevante como sendo um direito fundamental.

Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles que o subsistema normativo constitucional houve por bem estender aos cidadãos, que são os destinatários diretos da Lei Fundamental, de modo a preservá-los quanto aos aspectos liberdade, igualdade, fraternidade, e todos os preceitos decorrentes destes[6].

A dificuldade conceitual do tema ora abordado deriva do fato de se verificar a co-existência de diversas perspectivas ou prismas pelos quais podem ser enfocados os direitos fundamentais.

Na concepção de ROBERT ALEXY, os direitos fundamentais podem existir sob três diferentes aspectos, a saber: o formal, o material e o procedimental[7].

O item formal é preponderante quando se visualiza, na própria Constituição, um rol dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o cunho formal é evidenciado quando o catálogo dos direitos fundamentais está concentrado na Lei Maior.

O item material terá primazia quando os direitos beneficiarem os cidadãos, enquanto o Estado figure como agente de cumprimento, pouco importando se tais conquistas jurídicas encontram na Carta Magna o seu local de morada. Vê-se, claramente, neste particular, a influência SCHMITTIANA[8], nos escritos de ROBERT ALEXY.

O item procedimental resta evidenciado quando existem entraves para o manuseio, por parte do legislador (aí se incluindo o que exerce o Poder Constituinte derivado), dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, a abordagem procedimental diz correlação com a maior rigidez para deliberar acerca das mudanças nas normas constitucionais, mormente as de conotação fundamental.

6 O presente estudo adotou os critérios formais propostos por CARL SCHMITT e difundidos no Brasil por PAULO BONAVIDES para a afiguração do que vem a ser um direito fundamental. Logo, recomenda-se a leitura: (SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre, Unveraenderter Neudruck.** Berlim: [S.d], 1954. p. 163/173; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 515.

7 ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los princípios**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003. p. 21-31. Remete-se o leitor para este escrito, porquanto nele o autor elenca as vantagens e desvantagens de cada uma das maneiras de se enfocar a temática dos direitos detentores de fundamentalidade.

8 SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Berlin, 1970. Tradução de Francisco Ayala. In: **Teoría de la Constitución**, Madrid: Alianza Universidad, 1992. p. 164.

Deixa-se consignado que este escrito ousa discordar do jurista germânico, especificamente no que se refere ao critério procedimental apontado em seus ensinamentos. A discordância deriva do fato de que a maior salvaguarda dos direitos fundamentais tem ares de característica (verdadeiro atributo mantenedor da fundamentalidade), e não de uma forma específica de abordagem ou conceituação.

A já referida multiplicidade de enfoques fica patente com as palavras do professor lusitano JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ao afirmar que:

> Aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas. De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados – perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens) num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista[9].

Ainda retratando a dificuldade de conceituar os direitos fundamentais, é de se salientar que estes são cambiantes, e serão variáveis de território a território, de acordo com o avanço político, democrático, econômico, religioso e social alcançado por cada um deles, mormente quando se aprecia a matéria sob a dimensão constitucional.

Neste sentido, faz-se mister relembrar os magistérios de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem:

> É de se anotar que o conceito de direitos fundamentais, o seu conteúdo e a extensão de seu objeto não é uma idéia acabada, aprontada de forma definitiva e cabal. Ao con-

9 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 13.

> trário, os direitos fundamentais são conquistados e assim considerados segundo o ideário de cada povo e de cada época, tendendo a um alargamento contínuo. Principalmente, os direitos fundamentais são conquistados paulatina e historicamente. Por isso o próprio constitucionalismo é mutante, uma vez que o núcleo central caracteriza-se por esse alargamento de direitos a que tende o homem em sua convivência política[10].

Além de tudo o que já foi exposto, merece realce que existe uma certa fluidez das normas de direitos fundamentais, que se apresentam – via de regra – como líquido que se amolda a vários recipientes. Eis, aqui, mais uma das dificuldades apontadas para uma conceituação ajustada dos direitos fundamentais.

Quem bem retratou esta situação foi J. J. Gomes Canotilho (p.100) quando discorreu sobre a "metodologia fuzzy e os camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais". No vertente texto, podem-se extrair algumas passagens jurídico-constitucionais que enriquecem a discussão acerca de uma indeterminação propositada (metamorfose ambulante que tem por fito permitir adequações às mutações dos interesses dos governantes de plantão) do que venha a ser direito fundamental, *verbis:*

> Como todos sabem, "fuzzy" significa em inglês "coisas vagas", "indistintas", "indeterminadas". Por vezes, o estilo "fuzzista" aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais a carga metodológica da "vaguidez", "indeterminação", "impressionismo" que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de "fuzzismo" ou "metodologia fuzzi".

Mas se, no que respeita ao indeterminismo "fuzzi", os juristas acompanham o discurso crítico sobre as ciências sociais, importa reconhecer que, mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos em quadros pictóricos onde o recorte

10 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.

jurídico cede o lugar a nubelosas normativas. É aqui que surge o "camaleão normativo". A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee há mais de quinze anos. Com ela pretendia significar a instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (system-immanente) quer a conteúdos normativos transcendentes (system-transcendente). Esta indeterminação explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes (p. 101)[11].

Esta vagueza conceitual também decorre do fato de os direitos fundamentais se revestirem de instituto jurídico relativamente recente[12].

Por questões de maior apego ao direito positivo, deve-se antecipar que a abordagem conceitual preponderante destas breves linhas é aquela da perspectiva da previsão constitucional, como fonte maior dos direitos fundamentais.

Não obstante a já citada dificuldade de conceituação, tem-se que o seu relevo é indiscutível. Quem retrata, com felicidade ímpar, a importância dos Direitos Fundamentais é Paulo Cunha*, litteris:*

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 100-101.

12 Quem ratifica o ar vanguardista do assunto em tela é o professor espanhol Javier Pérez Royo, quando assinala que: "A expressão 'direitos fundamentais' não é uma expressão com o que se define os direitos no momento de imposição do Estado Constitucional, pois é uma expressão que se forma muitos anos depois da afirmação do Estado Constitucional no continente europeu, e só é utilizada de maneira precisa, no sentido que hoje empregamos ao vocábulo, no constitucionalismo posterior a Primeira Guerra Mundial e, sobretudo, depois da Segunda. A expressão é de origem alemã (Grundrechte) e é utilizada pela primeira vez na Constituição de 20 de dezembro de 1848 aprovada pela Assembléia Nacional de Paulkirche de Frankfurt. Os 'Direitos Fundamentais do Povo Alemão' constituem um dos elementos característicos da única constituição alemã 'radicalmente liberal' e com uma certa 'projeção democrática' de todo o século XIX [...]. Dada a vigência temporal extraordinariamente limitada de dita Constituição, a expressão permaneceu como conceito constitucional praticamente inédito. No constitucionalismo alemão posterior não se fará uso da referida expressão até depois da Primeira Guerra Mundial. O constituinte de Weimar volta a utilizar a expressão, fazendo-o de maneira muito chamativa na deveras famosa 'Segunda Parte' de dita Constituição, que leva por título: 'Os Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais dos Alemães'. Com esta terminologia conectou-se o constituinte da Lei Fundamental de Bonn em 1949, que voltou a utilizar a expressão 'direitos fundamentais' na primeira parte da mesma. A partir desse momento o verbete não só ficaria consolidado no constitucionalismo alemão, mas se converteria em um conceito de referência para a doutrina alemã, através da qual adquiriu uma certa dimensão européia, como já assinalou Peter Häberle [...]. 'Direitos Fundamentais' é, pois, um conceito recente para um problema antigo". (tradução livre e própria). In: PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 8. ed. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002. p. 249-250.

> Os Direitos Fundamentais, pela sua própria designação, já inculcam a idéia de essencialidade, magna importância ou caráter estruturante e, evocam as imagens de esteio, estrutura, alicerce, fundação, ou [...] fundamento. A fundamentalidade parece, assim, uma característica evidente e imanente dos direitos fundamentais. Ou seja: tudo indica que, de entre os vários direitos, esses a que designamos como "fundamentais" serão, relativamente aos demais, um prius valorativo, lógico e ontológico; e, nessa perspectiva, estão antes deles e são a base em que os demais repousam; legitimam-nos, explicam-nos na sua radicação e até na sua gênese.

De entre os direitos (isto é, no plano jurídico; não por exemplo, no filosófico, moral, político, etc.), os mais importantes, os mais vitais e, por assim dizer, o ponto fixo de Arquimedes, em que se funda e fundamenta todo o enorme e barroco edifício dos direitos, são os direitos fundamentais.[13]

Confirmando a tradição romano-germânica do Direito Brasileiro, tem-se que a liberdade religiosa se enquadra dentro do conceito de direito fundamental, precisamente porque os artigos 5º (incisos VI, VII e VIII) e 19 (inciso I) – ambos da Lei Fundamental vigente – defendem, respectivamente, a liberdade de crença e a cisão entre o Estado e as religiões.

Destaque-se que o intróito deste artigo objetiva abrir as conversações acerca do Estado Laico e do impedimento de manifestações religiosas sob o olhar dos Direitos Fundamentais, tudo isso em decorrência da recente aprovação, por parte da República da França, de medidas que atingiram a seara religiosa dos indivíduos.

Frise-se que a razão prioritária de abordar a norma francesa de laicidade é o potencial de influência que ela detém. Com efeito, a França, país que ficou associado ao pensamento vanguardista de proteção das liberdades, pelo menos depois da Revolução Francesa de 1789, tem servido de fonte de inspiração para outros países na gênese de suas ordenações. Assim sendo, antes mesmo que algum legislador brasileiro venha a propor a mesma abstinência religiosa forçada em locais públicos (tal qual ocorreu em França), aqui já fica registrada a desaprovação constitucional da medida e a inadequação desta em face dos ordenamentos jurídico-constitucionais do Brasil e da própria França.

13 CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res Publica:** Ensaios constitucionais. Coimbra: Almedina, 1998. p. 27.

3 A NÃO INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA OPÇÃO RELIGIOSA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL (CISÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO)

Tendo como referencial a sociedade cristã-ocidental, não seria inadequado teorizar que existem três formas básicas de ligação entre o Estado e a religião, sendo elas a confusão, a união e a separação[14].

Quando da ocorrência da confusão, há o chamado Estado teocrático, porquanto não se pode distinguir a religião da própria nação. O Afeganistão, até a guerra deflagrada pelos Estados Unidos da América, em resposta ao atentado de 11 de setembro de 2001 (World Trade Center), supostamente perpetrado por líderes talibãs (seita que geria o referido país), era um claro exemplo desta relação de irmãos siameses entre uma crença e o ente estatal. O Vaticano é outro bom exemplo, visto que o Papa, que é o maior líder religioso do catolicismo, também exerce a chefia do mencionado Estado.

Já quando se depara com a união, há também uma ligação estreita entre o Estado e a religião, sem que haja, contudo, a impossibilidade de descortinar onde começa um e termina o outro. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando o Brasil Império adotou, na Carta Constitucional outorgada em 1824, a religião católica como sendo oficial (art. 5°), apenas tolerando as demais religiões se fossem praticadas em locais privados.

Por fim, existe o pensamento da separação entre o Estado e a religião. Frise-se que a cisão em tela encontrou respaldo filosófico nas idéias do liberalismo. Quem bem retratou todo o quadro que permeou a sociedade, quando desta ruptura, foi o professor ADRIANO MOREIRA.

3.1 LAICIZAÇÃO LIBERAL

Tem importância reter que esse problema foi vivido dentro de um contexto ocidental, com as soberanias cristãs, mesmo protestantes, prestando tributo a um sistema cultural comum.

14 Fica inequívoco que o escrito incorporou as idéias de inseridas na sua clássica obra SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 253-254.

Mas a questão mudou radicalmente a partir da Revolução Atlântica, expressão com a qual abrangemos convencionalmente a independência dos Estados Unidos da América e dos territórios da América do Sul, a Revolução Francesa de 1789 e a perda do poder temporal do Papa em vista da unificação da Itália.

A experiência da Igreja vai decorrer agora de um quadro inteiramente diferente daquele em que se processou a experiência vivida desde Constantino. Dá-se o fenômeno da laicização do Estado, decorrente da filosofia liberal; a sociedade civil é confrontada com filosofias políticas, em que avultará o marxismo, que também sabem que a conquista da sociedade civil para outros valores implica a ineficácia do Poder; entretanto, o Estado Laico e liberal lança-se na construção dos impérios coloniais modernos e nessa tarefa não dispensa a colaboração das instituições religiosas que repudiou nas metrópoles. Finalmente, o anticolonialismo do século XX e a competição estratégica mundial parecem ter definido uma nova ocasião de meditar sobre todas as contradições envolvidas neste processo complexo, a exigir uma nova tentativa de definição da posição da Igreja e dos cristãos perante o fenómeno político[15].

No plano brasileiro, a separação ocorreu com o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, sendo certo que o comando normativo em apreço foi proposto pelo constitucionalista Ruy Barbosa. Manteve-se este pensar separatista quando da promulgação da primeira Constituição Republicana (1891, artigos 11, § 2°; 72, §§ 3° a 7°; 28 e 29) e as cartas constitucionais posteriores não seguiram outro caminho. Apenas a título de exemplo, merece registro que a Lei Fundamental vigente estabelece, no rol das vedações federativas (vide inciso I do art. 19), a impossibilidade do estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, assim como impede qualquer ajuda financeira estatal em favor das religiões, além de qualquer embaraço no funcionamento, sendo também vedado que o Estado (sentido genérico) mantenha relações de dependência ou aliança com as religiões ou seus representantes, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Logo, a separação entre o Estado e a Religião já perdura há mais

15 MOREIRA, Adriano. **Ciência política**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 272.

de um século, no plano brasileiro, e mais de duzentos anos no que toca ao Estado francês, um dos berços das idéias liberais. Ressalte-se que este afastamento da Igreja em face do Estado, inicialmente pregado pelos pensadores gauleses, alastrou-se para a grande maioria das pátrias onde a sociedade é, predominantemente, cristã.

Não seria ilícito afirmar que a não-interferência pública quando da opção religiosa é, verdadeiramente, um direito fundamental dos cidadãos, possuindo natureza de fundamentalidade material, e derivando da liberdade de consciência e de crença.

Miguel José Faria pintou, em cores vivas, o afastamento entre o Estado e a opção religiosa das gentes, se não, vejamos:

> Quanto ao aspecto da moral religiosa, a regra é a da liberdade individual de consciência, de religião e de culto, ninguém podendo ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou de deveres cívicos por causa das suas convicções religiosas. E nem acerca delas podem os cidadãos ser perguntados por qualquer autoridade, salvo para recolha de dados estatísticos e, ainda assim, em moldes não individualmente identificáveis.[16]

Concluindo este tópico de forma a deixar clarividente que há um direito fundamental de afastamento do Estado, no que tange à escolha do credo religioso pelos cidadãos, merece citação que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia avaliza o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 10)[17].

Já se antecipa que a leitura conjugada do comando normativo referido

16 FARIA, José Miguel. **Direitos fundamentais e direitos do homem.** 3. ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna. 2001. p. 199. v. 1.

17 **Art. 10 – Liberdade de pensamento, de consciência e de religião:** 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício. Merece registro que o texto transcrito acima não é inovador, porquanto se trata de reprodução quase que textual do art. 9° da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma precisamente no dia 04 de novembro de 1950.

acima, com os artigos 52 e 53[18] do mesmo Diploma Legal, que consignaram o princípio da melhor tutela, fez emergir clara inadequação da Lei Stasi. Sim, a norma francesa não fere apenas o ordenamento jurídico-constitucional interno, mas também insulta comando normativo de cunho supranacional.

Com efeito, ao estabelecer uma restrição ao exercício religioso nas escolas públicas, a França olvidou a regra geral inserida no art. 10 do Tratado de Direitos Fundamentais do Velho Continente, o que é terminantemente proibido. Logo, a norma em apreço tem que se curvar ao cânone da melhor tutela européia, que permite – sem embaraços – o livre exercício religioso.

Confirmando o que se alega, pede-se venia para transcrever ensinamento de Canotilho, *litteris:*

> A Constitucionalização do princípio da melhor tutela européia O artigo 52°/3 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (reproduzido no art. II-53 no Projecto de Constituição para a Europa) estabelece um importante e inovador princípio em sede de direitos fundamentais – o princípio da melhor tutela. Este princípio reafirma um princípio básico da interpretação em sede de direitos fundamentais: nenhuma disposição da carta deve ser interpretada no sentido de reduzir o nível de protecção dos direitos fundamentais assegurado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelas Constituições dos Estados-Membros (cfr. art. 53°). No entanto, se a Carta de Direitos Fundamentais garantir uma

18 **Art. 52 – Âmbito dos direitos garantidos:** 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros. 2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Européia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos. 3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não nos obsta a que o Direito da União confira uma proteção mais ampla. **Art. 53 – Nível de proteção:** Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

> protecção mais extensa ou mais ampla (ou seja, melhor tutela) ela terá preferência de aplicação relativamente às normas correspondentes da Convenção Europeia e das Constituições dos Estados-Membros.[19]

Duas conclusões podem ser extraídas do texto acima: a) como a norma inserida no art. 10 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia protege – de forma ampla, geral e irrestrita – a manifestação religiosa, não é possível que a lei francesa estabeleça qualquer restrição ao epigrafado direito; b) mesmo que houvesse mudança constitucional em França, de forma a proibir que os particulares usem símbolos religiosos em locais públicos, o que não ocorreu (a Lei Stasi é de índole infraconstitucional), ainda assim haveria a predominância da Norma Internacional. É a confirmação do metaconstitucionalismo existente no Direito Comunitário.

4 DIREITO PESSOAL DE EXERCÍCIO RELIGIOSO VERSUS ABSTINÊNCIA ESTATAL NO CAMPO METAFÍSICO

A hodierna concepção de Estado, pelo menos na maioria dos países ocidentais, caminha no sentido de defender o afastamento entre o Poder Público e as instituições religiosas, consoante se apreciou no item anterior.

Portanto, a concepção atual de Estado é no sentido de que o Ente Governamental erra quando não se declara laico. Igualmente labora em equívoco, quando não garante aos indivíduos a possibilidade de exercer o seu credo religioso da maneira que melhor lhes aprouver, e de acordo com a consciência e a escolha de cada um.

Entretanto, tem sido difícil encontrar um ponto de equilíbrio entre o que venha a ser o olhar estatal tendente a permitir o exercício religioso das pessoas e a ingerência do Estado no campo da liberdade de culto, seja tolhendo, seja estimulando esta ou aquela prática ecumênica.

Quem bem relata esta situação, onde não se pode confundir laicidade com defesa de idéias anti-religiosas, é o já saudoso Norberto Bobbio:

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 526.

> A teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade, podem exercer influência política, na proporção direta de seu peso social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia "laicista", se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti-religiosa.[20] {sem grifos no original}

A preocupação apontada acima, que faz com que se verifique uma diferenciação de abordagem entre a laicidade-separação e laicidade-neutralidade, também é visível nas palavras de MAURICE BARBIER, para quem:

> Antes de mais nada, laicidade significa a separação total entre o Estado e as religiões [...] É somente quando livre de toda influência religiosa que o Estado pode ser plenamente ele mesmo e aceder à modernidade política [...] Dizer que a religião releva da esfera privada não significa que ela seja apenas um negócio privado e pessoal. Significa que ela escapa ao domínio público do Estado, mas pode existir e agir livremente na sociedade. Em segundo lugar, pode-se definir laicidade como a estrita neutralidade do Estado em matéria religiosa [...] Sendo a separação necessariamente recíproca, a neutralidade concerne diretamente apenas ao Estado e não afeta a religião senão por via de conseqüência. O Estado é neutro em relação à religião, mas esta dispõe de liberdade na sociedade.[21]

Sendo assim, deve-se ter em mente que a laicidade-separação denota a independência do Estado em face das religiões enquanto que a laicidade-neutralidade volta o seu campo ótico para o respeito à liberdade religiosa, ou seja, nesta última, deve haver a abstinência regulamentadora estatal.

Quem propõe o ponto de equilíbrio buscado neste estudo introdutório é o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná, quando apro-

20 BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: UnB, 1986. É de se ressaltar, outrossim, que o autor italiano deixou o plano terreno no final de janeiro de 2004, tendo deixado obras clássicas do ensino do saber jurídico. Verbete "Laicismo".

21 BARBIER, Maurice. **La laicité**, 1995.

va – por unanimidade – parecer da lavra de TEÓFILO BACHA FILHO e BRASIL BORBA, de onde se extrai a seguinte passagem:

> Portanto, o Estado leigo deve salvaguardar a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso e, ao mesmo tempo, defender a autonomia das igrejas em sua relação com o poder temporal. Assim, é garantida tanto a separação política e jurídica entre Estado e Igreja, como são garantidos os direitos individuais de liberdade em relação a ambos. Hoje, a imensa maioria dos Estados reivindica os princípios da laicidade, principalmente no que diz respeito à liberdade religiosa dos cidadãos, reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU.[22] (sem grifos no original)

Foi justamente com o intuito de encontrar o balanceamento entre o afugentamento político do Estado da religião e a impossibilidade deste afastamento desembocar em dificuldades de exercício religioso, que a França aprovou a sua lei de laicidade, renovando algumas das determinações da norma anterior, que datava de 1905, esta aprovada durante a presidência de Émile Loubet (1899-1906). Sim, reforçando toda a conjuntura citada nos três primeiros parágrafos deste item IV, foi elaborada, recentemente, na França, a norma que robustece a laicização.

Contudo, o texto final aprovado pela esmagadora maioria dos membros da Assembléia Nacional da França, que fora confeccionado pela Comissão da Laicidade (criada em 2003 e que foi constituída por vários deputados do referido colegiado, além de ter promovido a oitiva de algumas intelectualidades francesas como Alain Touraine e Régis Debret), desagradou aos muçulmanos, porquanto os estudantes que professam a fé islâmica não poderão utilizar suas vestes características, herdadas de preceitos religiosos, nas escolas públicas.

Consigne-se que o assunto é mais palpitante do que inicialmente parece ser, porquanto não se trata de mera questão de indumentária ou traje, mas sim da possibilidade ou não de – sob o argumento de proibir qualquer

22 Parecer nº 328/97, versando sobre a Lei do Estado do Paraná de nº 11.162/1997. O pensamento opinativo veio ao encontro de consulta formulada pela Associação Paranaense das Instituições de Ensino Superior Público (APIESP).

ostentação de simbologia religiosa – limitar o exercício da religião de Maomé. A controvérsia será pormenorizada em seguida.

5 LEI DE LAICIDADE FRANCESA: UMA INDEVIDA LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL

A norma em apreciação, não obstante tenha poucos artigos, tem recebido críticas de teólogos, sociólogos, juristas, filósofos, jornalistas e outros que se interessam pela temática. Trata-se de comando normativo que basicamente estatui a "proibição do porte de sinais ou indumentárias com os quais os alunos manifestam ostensivamente uma pertença religiosa" nas escolas primárias e secundárias públicas (art. 1°), além de estabelecer, nos dois artigos seguintes, a limitação territorial da norma (onde se excluiu a Polinésia francesa) e a marcatura de setembro de 2004 para a sua entrada em vigor. Esta vacatio legis se deve ao fato de que o ano escolar francês, como de sorte na maioria dos países europeus, tem início na referida data.

Assim sendo, poder-se-ia, em uma leitura superficial, afirmar que não há nenhuma discriminação na regra em comento, visto que ela veda qualquer que seja a ostentação de símbolos religiosos nas escolas públicas, aí se incluindo os crucifixos e outros adereços que exultam a religião católica ou as demais religiões.

A norma, portanto, não teria qualquer intenção de alcançar os muçulmanos, eis que foi elaborada de forma a regulamentar uma situação jurídica geral e abstrata[23]. Haveria, por conseguinte, um tratamento isonômico entre os alunos adeptos das mais variadas religiões, bem como os que fossem agnósticos. Destarte, não haveria lugar para as reclamações e críticas da

23 Para muitos autores a igualdade jurídica passa pela elaboração de normas que sejam caracterizadas pela generalidade e abstração. Confirmando o que se afirma, é de bom tom duas citações exemplificativas: a) MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 91-93. Comando (ou regra de conduta) geral, abstracto e coercível, ditado pela autoridade competente. Eis uma definição tradicional de norma jurídica. A ela corresponde a noção da lei em sentido material (p. 91). Uma lei não pode nunca ser individual e concreta, pois doutro modo violar-se-ia o princípio da igualdade perante a lei, e com ele o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, respectivamente impostos ou reconhecidas aos cidadãos. Só serão admissíveis diferenciações fundadas em elementos objectivos (a diversidade de circunstâncias, a natureza das coisas), e são justamente esses elementos objectivos que permitirão conferir à categoria de situações visada pela norma o seu recorte e carácter genérico. (p. 93). b) MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do direito**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 228-229. São estas as características fundamentais das normas – a generalidade e a abstracção. Quer se trate de normas jurídicas, de normas de civilidade, de normas éticas ou de normas religiosas. E este será mais um aspecto a aproximar categorias que, por vezes, se tenta apartar em termos abissais. (p. 229)

comunidade maometana, dado que estaria respeitado, na vedação igualitária entre os que exercem todos os credos, o cânone da igualdade.

Porém, essa visão é errônea, porque não é usual aos que professam a fé católica, protestante ou espírita usar qualquer vestuário e/ou outros símbolos específicos. Em sentido oposto, caminham os partidários do islamismo (segunda maior religião mundial em termos de fiéis), porquanto eles entendem que as mulheres islâmicas têm o dever de usar o véu.

Assim sendo, a normativa francesa – que claramente objetivava o afastamento do Estado do plano metafísico, além de colaborar para a tolerância religiosa recíproca – invadiu a seara dos muçulmanos, quando impediu que eles continuassem a perpetrar algo que é tido como dogma em seu pensar sobre a divindade.

Tem-se aqui uma questão de necessidade de respeito aos preceitos aristotélicos de igualdade, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção ou medida de suas diferenças.

Sim, se a maioria dos estudantes das escolas públicas francesas não foi diretamente tocada com a novel positivação, eis que as religiões que professam não exigem qualquer demonstração exterior, o mesmo não se pode dizer dos que acreditam no islamismo, eis que estão impedidos de exercer, na inteireza que necessitam e merecem, o seu credo religioso.

Pode-se pôr em cima da mesa um outro elemento relevante para a abordagem da vexata quaestio: a) haveria, neste caso, a presença apenas dos limites imanentes[24] dos direitos fundamentais ou b) estar-se-ia diante do uma restrição indevida, no plano infraconstitucional, das normas de índole fundamental?

a) O argumento de que a Lei Stasi seria um limite imanente ao direito fundamental de exercício religioso

Afasta-se a tese de que a positivação francesa seria um limite imanente, porquanto a referida espécie de restrição só tem lugar quando existe um confronto entre o direito individual e o bem jurídico plural.

24 A teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais tem importante marco histórico quando o Tribunal Federal administrativo germânico (BVerwGE) se posicionou, em data de 15 de dezembro de 1953, no sentido de que um direito fundamental não há de ser salvaguardado quando ele colocar em risco um outro bem jurídico de índole coletiva.

No caso em apreço, o direito de qualquer estudante de origem islâmica de levar consigo símbolo religioso para dentro das unidades públicas de ensino, na França, não tem o condão de vulnerar qualquer interesse coletivo.

Realizando-se um exercício de analogia, não seria ilegítimo afirmar que as limitações imanentes estão para os Direitos Fundamentais assim como o poder de polícia administrativo[25] se encontra para os direitos dos indivíduos isoladamente considerados. A simetria apontada decorre da primazia da vontade e do direito colegiados em detrimento dos anseios e das garantias particulares.

Sendo assim, no caso em avaliação, não se acata a idéia de que haveria um limite imanente ao direito fundamental, porquanto – como já dito anteriormente – não há uma contraposição entre os interesses de cada adepto religioso de externar a sua fé e a posição da sociedade, enquanto representação do anseio plural, de não se deparar com qualquer que seja o símbolo ecumênico mais aparente.

b) O argumento de que a Lei Stasi teria a pecha de inconstitucional, eis que promove indevida restrição infraconstitucional a uma garantia plasmada na Lei Maior

Por exclusão, tem-se que a lei francesa de laicidade constitui-se uma restrição não expressamente autorizada pela Lei Maior da França e, como tal, recebe a mácula da inconstitucionalidade, visto que a referida restrição só é acatada quando existe desarmonia entre o absolutismo de um específico direito fundamental e o próprio discurso constitucional[26].

25 Pede-se *venia* para transcrever dois breves conceitos de Poder de Polícia, que se prestam para demonstrar a mesma silhueta do instituto em face dos limites imanentes aos direitos fundamentais:
"É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir". (CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 339). "A prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 61).

26 Quem tiver por fito o estudo aprofundado do discurso constitucional há de consultar a incontornável obra abaixo indicada, com a qual o seu autor conquistou o título de Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná: (DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy editora, 2002; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 450-451).

Com efeito, e em respeito à teoria escalonada do direito proposta por Hans Kelsen, não se pode permitir, via geral, ao legislador infraconstitucional restringir aquilo que foi pretendido abrangente pelo constituinte, razão pela qual não se pode entender que exista harmonia constitucional da Lei Stasi.

Confirmando o aludido, merece registro que o professor J. J. Gomes canotilho menciona a existência de três universos de restrições dos direitos fundamentais, assim distribuídos: a) as restrições que têm morada constitucional (restrições constitucionais diretas); b) as restrições já previstas pelos constituintes, mas só que com formulação restritiva delegada ao legislador infraconstitucional (reserva de lei restritiva ou restrição constitucional indireta) e c) restrições infraconstitucionais e que não tinham sido previstas na Carta Magna do país (restrições não expressamente autorizadas pela Constituição).

Assegura, o constitucionalista lusitano, que a problemática tem maior dificuldade de superação no que pertine aos condicionantes infraconstitucionais e que não possuíram menção da Carta Política, porquanto, mesmo que a priori, não fosse cabível imaginar a diminuição da abrangência de determinado dispositivo constitucional concessivo de direitos fundamentais, é necessário fazer-se uma interpretação daquele comando supralegal em consonância com o espírito de toda a Lei Maior e, assim sendo, pode-se falar, mesmo que excepcionalmente, em: 1) tornar mais estreitos os direitos fundamentais, por meio de legislação infraconstitucional, sem que tenha havido previsão da Carta Política; 2) a submissão dos direitos fundamentais à baliza decorrente da ordem jurídico-constitucional e 3) quando presentes restrições infraconstitucionais não expressamente autorizadas pela Constituição, elas devem obedecer aos primados e as formalidades próprias das leis restritivas.

Em outro escrito, que enfocou a temática dos direitos fundamentais no Estado de Direito, j. J. Gomes canotilho tinha se manifestado da seguinte forma:

> Na qualidade de património subjectivo indisponível pelo poder, são os direitos e liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe os direitos fundamentais. Se necessário for, os tribunais deverão desaplicar as leis violadoras de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos (fiscalização da constitucionalidade). {p. 54}

> Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis. {p. 56}[27] {original sem grifos}

Assim sendo, da confrontação do escrito primeiramente registrado com o que agora foi reproduzido, poder-se-ia cogitar de uma incoerência do catedrático conimbricense, visto que agora o autor é mais enfático na admissibilidade de limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais. Porém, não é essa a conclusão a que chega o texto ora formulado. Entende-se, a contrário senso, que houve a mantença da mesma linha de pensar, eis que a aquiescência aos ditos limites não mencionados na Carta Magna só tem lugar quando existe um ferimento ao espírito do discurso constitucional como um todo.

Quem também tratou com invulgar êxito a questão da delimitação infraconstitucional dos direitos fundamentais, foi a autora SUZANA DE TOLEDO BARROS, para quem:

> Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como já visto, não afasta por si só a mediação legislativa. Muitos deles, por serem vagos, abstratos ou abertos, precisam de uma densificação normativa que lhes assegure maior grau de efetividade, o que só é possível mediante a edição de normas legais que complementem ou precisem o seu conteúdo. Entende-se, por isso, que ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despicienda a autorização constitucional para tanto, embora seja também evidente que o impulso inicial para a respectiva atualização há de ser colhido já no Texto Constitucional, pois, em matéria de direitos fundamentais, o primeiro grau de concretização jurídica já é dado pelas normas superiores.

27 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva Publicações, 1999. p. 54-56.

Em um trabalho de conformação de direitos fundamentais são dados contornos de definição, o que, de certa maneira, implica uma tarefa de delimitação. Conformar um direito fundamental é dar-lhe forma e conteúdo, é precisar seus limites. É inseparável, portanto, da prática legislativa de conformação dos direitos fundamentais, uma atividade criadora.[28] (grifos acrescentados).

Entrementes, não há que confundir a possibilidade acadêmica e excepcional de se restringir os direitos fundamentais por norma infraconstitucional, e sem previsão anterior da Norma Ápice, com seu uso indiscriminado. Ao contrário de objetivar o enfraquecimento da Carta Constitucional, o que se busca é o seu robustecimento, dado que o ponto central para a aceitação das restrições em comento é justamente que a carência de limites poderia ferir a voluntas constituitiones.

Posto isto, pode-se afirmar – sem embargo – que a novel regra gaulesa de laicidade não está dentro das hipóteses em que se admite a restrição do que o constituinte quis abrangente, razão pela qual se conclui pela sua inconstitucionalidade.

Afora o argumento anterior, e reforçando a tese de que se está diante de uma indevida limitação aos direitos fundamentais, merece reiteração que a Lei Stasi vulnera, como já antecipado na parte terminal do item III deste escrito, preceitos inseridos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (vide artigos 10, 52 e 53).

6 LEI STASI: SUFOCAMENTO DO MULTICULTURALISMO RELIGIOSO E DA CO-EXISTÊNCIA DO DISCURSO ATIVO DAS RELIGIOSIDADES

Por fim, mas não por último, é de mister consignar que a escola pública deve ser um local de tolerância social e religiosa, porquanto é local privilegiado na formação cultural.

Nesta linha de pensar, a convivência harmônica e pacífica dos adeptos de várias religiões, munidos de seus símbolos religiosos, só vai fortalecer o multiculturalismo.

28 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 153.

Em sentido contrário, caso a norma francesa servisse de inspiração para outros países, estar-se-ia promovendo o antimulticulturalismo, por clara imposição de abstinência religiosa nas escolas públicas, o que não se nos apresenta como adequado em tempos de formação de uma Aldeia Global[29].

BENITO ALÁEZ CORRAL fez estudo aprofundado sobre o assunto, donde se permite transcrever passagem com a qual o texto ora escrito se identificou:

> A escola é, pois, o âmbito da administração pública em cujo interior mais claramente se deve manifestar o aspecto aberto e pluralista da neutralidade estatal em matéria religiosa. A finalidade educativa que preside a relação escolar e que fundamentaria, em princípio, uma restrição da liberdade religiosa de professores e alunos muito mais intensa do que nas relações de sujeição geral, acaba tendo como parte de seu conteúdo o fomento de um pluralismo e uma abertura cultural, ideológica e religiosa que, mais do que restringir, reforçam o exercício dos direitos por parte daqueles.

Como conseqüência do anterior, e no que respeita aos alunos, constitui uma parte do desenvolvimento de sua formação educativa e que eles podem portar símbolos que expressem suas crenças religiosas, ao mesmo tempo em que se podem ver confrontados com os símbolos de crenças distintas das suas próprias, de que fazem uso os seus companheiros. A proibição do uso de tais símbolos não pode depender, como tem pretendido o Conselho de Estado francês, de que o mesmo constitua um ato de pressão, de propaganda, de proselitismo ou de provocação, pois estes conceitos não sempre têm porque se identificar com o correto desenvolvimento da função educativa, que, neste caso, é o único que justifica a adoção de uma decisão limitativa do exercício daqueles direitos fundamentais.[30] (tradução pessoal)

Ora, se os pais são muçulmanos e desejam que seus filhos tenham predominante contato com os que professam a mesma fé, que os coloque em uma esco-

29 Quem quiser se aprofundar na análise da temática vai encontrar nos livro do sociólogo Octávio Ianni obras de referência: (IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997; IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996; IANNI, Octávio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996).

30 ALÁEZ CORRAL, Benito. Símbolos religiosos y derechos fundamentales em la relación escolar. **Revista Española de derecho constitucional,** Madri, n. 67, p. 118-119, 2003.

la privada muçulmana. A mesma regra se aplica para os católicos, aos protestantes e todas as demais crenças, visto que se trata de derivação do pátrio-poder.

Fora desta situação de escolha pessoal de seu núcleo de convivência e das relações travadas em sociedade, não se nos apresenta lícito ao Estado estabelecer restrições ao contato com as mais variadas ideologias políticas, filosóficas e religiosas. In casu, a França optou por impor, equivocadamente, uma homogeneidade do silêncio religioso.

Em suma, o erro da norma francesa, ora em dissecação, funda-se, além do esquecimento acerca do muticulturalismo, na afronta aos primados da abertura e pluralidade do espaço público.

Corroborando com a alegação acima, pede-se licença ao leitor para transcrever passagens dos escritos de Jónatas Machado (1996, p. 353):

Abertura e pluralismo do espaço público.

> O princípio da separação das confissões religiosas do Estado tem ainda subjacente a finalidade substantiva da criação e preservação de uma esfera de discurso público aberta e pluralista, onde as diversas ideias políticas, filosóficas, religiosas e científicas se sujeitam continuamente a um processo dialógico e crítico de exame cruzado. Esta é uma exigência de um processo democrático construído não com base em argumentos de autoridade ou posições de privilégio, mas a partir de um ideal regulativo de discussão e deliberação racional, subordinado a princípios de liberdade individual e igualdade política de acordo com os quais nenhum cidadão conta mais, ou menos, do que outro. Basicamente, pretende-se estabelecer, a partir de um conjunto de normas de conduta conversacional geralmente aceites, fluxos de comunicação que transcendem os limites das diferentes comunidades e tradições morais, num contexto em que a existência de experiências e estímulos sociais comuns é acompanhada de uma abertura ao pluralismo social e de uma valorização positiva da heterogeneidade. A existência de uma esfera de discurso público é o corolário, no plano da intersubjetividade conversacional, do princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos e grupos de cidadãos. Trata-se aqui, em alguma medida, da edificação daquilo que se costuma designar por um 'mercado livre de ideias'.

Este mercado permite a necessária rotação das ideias em termos que permitam que concepções que assumem tradicionalmente um lugar central na comunidade vão sendo gradualmente questionadas e substituídas por outras que começam por ter apenas um relevo marginal. Este processo tem uma função catártica, favorecendo o equilíbrio e a estabilidade e a mudança.

Assim, numa sociedade democrática, o Estado deve assumir uma atitude favorável e aberta à discussão moral que se estabeleça no seio e entre as diversas confissões religiosas, mantendo uma postura de neutralidade no dissenso interconfessional.[31]

A norma francesa, quando proíbe a exibição de símbolos religiosos, oprime o diálogo entre os exercentes de diversas crenças e credos e, via consecutiva, vulnera a regra defendida acima.

Dentre as religiões tocadas com esta norma francesa, a muçulmana foi a que demonstrou maior insatisfação, realizando uma série de protestos no sentido de que seja permitida, aos seus adeptos, a demonstração da religião que professam. Sendo assim, é conveniente tecer alguns considerados específicos acerca do islamismo e de sua restrição em terras do Louvre.

7 O ISLAMISMO E A LIMITAÇÃO DO SEU EXERCÍCIO NA FRANÇA

A religião islâmica, instituída pelo Profeta Maomé, é, em termos de adeptos, a segunda maior do mundo, possuindo cerca de 1,2 bilhão de seguidores.[32] Só na França existem cerca de cinco milhões de pessoas que crêem nas orientações maometanas.

Sem ter a pretensão de adentrar no campo da teologia, cumpre relatar os cinco preceitos básicos do islamismo, eis que são públicos e notórios:

> 1. A repetição ao acordar e antes de se recolher dos seguintes dizeres: "confesso que não há outro Deus a não ser Alá e que Maomé é o profeta de Alá". Essa confirmação do credo muçulmano é nominada de shahada.
> 2. As cinco orações diárias que são implementadas pelos maometanos com mais de 10 anos de idade, preces estas que

31 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva:** dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 354.

32 **Fonte:** Folha de São Paulo, em conjunto de artigos publicados sobre a temática.

> hão de ser feitas em direção à cidade de Meca, que é considerada sagrada pelos muçulmanos.
> 3. Jejuar durante o mês do Ramadã.
> 4. Oferecer donativos aos mais carentes, em patamares equivalentes a 2,5% das economias anuais.
> 5. Fazer o hajj pelo menos uma vez na vida, ou seja, peregrinar até a cidade saudita de Meca.

Além do que foi exposto acima, merece destaque o fato de que o islamismo transcende a um simples elenco de convicções religiosas, porquanto também adentra em questões sociais, legais, regras de higiene, ética, vestimenta, dentre outros. Em síntese, o islamismo dita todo o modus vivendi dos seus seguidores. Aí, reside o atrito entre a norma francesa e o islamismo, eis que este estabelece que as mulheres devem usar o véu, enquanto que aquela o proíbe.

Sim, as regras do Islã foram abaladas com a medida gaulesa de impedir o uso, em educandários públicos, de sinais ou signos distintivos de qualquer religião. Tal fato atingiu todas as religiões; contudo, o seu impacto foi sentido, com maior força, no islamismo e nas outras crenças que têm por hábito a adoção de vestes ou adereços típicos (véu, solidéu, crucifixos) e/ou qualquer outro meio de caracterização exterior da religiosidade perpetrada.

Uma das mais clarividentes provas de que a nova lei de laicidade desagradou a população de fé muçulmana veio com a declaração firmada no dia 9 de fevereiro de 2004, tendo sido proferida no Quatar, por ABASSI MADANI, ex-dirigente islâmico argelino e chefe histórico da Frente Islâmica de Salvação, quando disse que:

> A laicidade foi instituída em França no respeito de todas as religiões. A nova lei contradiz o princípio de laicidade e constitui uma derrapagem de civilização que não desejamos nem para a França, nem para nenhum outro país.[33]

O islamismo, como se observa do texto legal francês já citado alhures, teve um abalo na sua efetivação em terras napoleônicas, no exato momento em que foi obstado de ver os seus jovens utilizando as vestes e demais indu-

33 **Fonte**: Extraída do Jornal português "O Público", na sua versão on-line, do dia 10 de fevereiro de 2004.

mentárias que lhes são próprias.

A grande população islâmica francesa e/ou os imigrantes que professam a mesma crença religiosa foram atacados com a norma que estabeleceu a impossibilidade de demonstração exterior, em escolas públicas, da convicção metafísica que os guia.

Merece nota que não apenas os islâmicos foram atacados com a regulamentação em foco, mas, sim, todos aqueles que possuem religião que estabeleça demonstrações extrínsecas ao crente. Optou-se pela menção única ao judaísmo em decorrência de ser uma das mais professadas religiões do mundo, sem esquecer que o mesmo limitador de exercício operou com relação a outros credos.

O jornal português "O PÚBLICO", em seu editorial do dia 10 de fevereiro do corrente ano (data em que a Lei Stasi foi aprovada no Parlamento francês), sintetizou os efeitos colaterais que a medida normativa pode ensejar. Merece transcrição, portanto, parte das palavras do jornalista José Manuel Fernandes, se não vejamos:

> A decisão do Parlamento francês de proibir os designados "símbolos religiosos ostentatórios" nas escolas e outros edifícios públicos é não só errada como se arrisca a provocar males maiores do que aqueles que visa debelar. E se é uma medida iliberal, que afronta a liberdade individual, é ineficaz como forma de combate a outras afrontas à liberdade e, por fim, não resolve os problemas de integração com que o país se debate.

1. A medida é justificada no discurso de Estado como uma forma de defender a República e o seu carácter laico. É, no entanto necessário dizer que só a França possui uma visão da República e da sua laicidade que se intrometa nos direitos individuais dos cidadãos.

O princípio central das democracias liberais é o da separação entre o Estado e as Igrejas. Foi uma conquista da modernidade o não estabelecimento de uma religião de Estado ou a imposição de um culto. A primeira Constituição a fazê-lo foi a americana, na sua primeira emenda: "O Congresso não pode fazer qualquer lei estabelecendo uma religião, ou proibindo o livre exercício de qualquer culto". Por outras palavras: o Estado não

tem religião, os cidadãos são livres de escolherem a sua religião.

Na América, cujos primeiros colonos fugiam das guerras religiosas que assolavam a Europa, este pluralismo é genético, fundacional. Na Europa, em contrapartida, oscilou-se entre a religião de Estado e o Estado contra a religião. O princípio da laicidade - termo, de resto, relativamente recente - não foi visto apenas como um princípio de independência que permitia a coexistência dos diferentes credos, mas implicando a necessidade do Estado ocupar terrenos que antes eram da Igreja (ou das Igrejas), se necessário em conflito com elas.

A especificidade da história de cada país, assim como as suas tradições, gerou soluções distintas, por vezes paradoxais. No Reino Unido, por exemplo, onde a liberdade de culto é total e a lei até permite que as agentes femininas da polícia tenham, se forem de religião islâmica e o desejarem, uma farda especial para manterem o véu, a Rainha continua a ser a chefe formal da Igreja Anglicana. Em França, país da laicidade radical, verificamos em contrapartida, como domingo recordava no PÚBLICO Frei Bento Domingues, que "o Estado reserva para si a propriedade dos edifícios religiosos, mas coloca-os gratuitamente à disposição da Igreja". E na Alemanha é o Estado que cobra um imposto religioso, opcional, que depois é entregue às igrejas da fé de cada contribuinte.

Aquilo que choca no "absolutismo" dito republicano francês não é este derivar de o Estado ser laico - no sentido em que não tem religião -, mas de o Estado impor que os cidadãos abdiquem das suas religiões e das suas crenças quando entram em determinados espaços públicos (escolas, hospitais e o que mais se verá). É querer que a sociedade seja como o Estado, isto é, também ela laica e sem religião.

Por isso, por violentar o direito à diferença e à individualidade, por não ser tolerante, o banimento de símbolos religiosos que só são "ostentatórios" na cabeça retorcida do legislador é uma medida iliberal.[34]

Vê-se que a norma francesa confunde laicização-separação com a laicização-neutralidade, isso para utilizar expressões de Maurice Barbier (vide item IV do presente artigo). Assim sendo, se é plenamente recomendável a primeira, que pugna pelo afastamento entre o Estado e a Religião,

34 FERNANDES, José Manuel. Secularismo, Fé e Tolerância. **O Público,** na sua versão *on line* do dia 10 de fevereiro de 2004.

deve-se veementemente refutar qualquer que seja a privação à liberdade de expressão religiosa às pessoas.

Assim sendo, e já em caminho das considerações finais deste tópico, pode-se asseverar que o ocorrido na França, desde a aprovação da referida lei, é um atentado aos mais básicos Direitos Fundamentais de índole religiosa e ao conceito de dignidade da pessoa humana.

8 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O EXERCÍCIO DA FÉ DE CADA UM

Cumpre antecipar que a impossibilidade suscitada na Lei Stasi de se demonstrar, por meio de símbolos ou congêneres, a crença religiosa, dentro das escolas públicas francesas se nos apresenta com claros contornos de desrespeito ao cânone constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, vê-se a necessidade de remeter o leitor a três passagens do universo jurídico, a saber: a) o conceito de princípio; b) a significação do primado da dignidade da pessoa humana; e, c) sua ligação (in)quebrantável com os direitos fundamentais.

8.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Para que se possa enfocar a questão do ferimento ou não, por parte da normatização francesa de laicidade, do princípio constitucional da dignidade humana, faz-se mister – inicialmente – trazer a lume alguns conceitos do que se pode ter por princípios jurídicos.

Nesta linha de tirocínio, forçoso relembrar os escólios de Espínola, para quem:

> O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a idéia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica.[35]

35 ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 44.

Merece consignado que o presente escrito acata o pensar do escritor alemão Robert Slexy, no sentido de que os princípios se consubstanciam em mandados de otimização. Quem se debruça, com mestria, no pensar do catedrático europeu, é Fernando Ferreira dos Santos, para quem se podem distinguir as regras dos princípios, pelo fato de que estes:

São normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas.[36]

O texto se permite, com o intuito de cimentar a idéia da primazia dos princípios em face das normas (quando há colisão entre eles), fazer uma breve compilação de algumas significações acerca dos princípios jurídicos.

Para Miguel Reale, os princípios estão presentes em todos os conhecimentos filosóficos ou científicos, sendo conceituados como "certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".[37] Arremata o autor, *verbis:*

> Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.[38]

Os caracteres inerentes aos princípios foram bem delineados por Daniel sarmento e Leonardo Beraldo, quando assim se pronunciaram:

> Os princípios apresentam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus interesses sobre diferentes normas e servin-

36 SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 48-49.
37 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303.
38 Idem, ibidem.

> do de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.[39]

Karl Larenz já assim teorizava sobre os princípios e a sua pauta orientadora da elaboração normativa, ou seja, os cânones podem ser enquadrados como verdadeiros prius da norma:

> Os princípios ético-jurídicos são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões jurídicas. Distinguem-se dos princípios técnico-jurídicos, que se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça; por esse motivo, podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da ideia de Direito, tal como esta se revela na consciência jurídica geral, neste estádio de evolução histórica. Enquanto princípios não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas ideias directrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte da legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo anteriormente descrito da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos.[40]

Merece registro que o estudo da principiologia constitucional tem sido crescente na doutrina, fator que tem influenciado, fortemente, as decisões judiciais, mormente porque o esgotamento do modelo positivista clássico fez emergir a busca pela razão primeira do mundo jurídico, que são os princípios (verdadeiros antecedentes lógicos da normativa).

39 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 42. Ressalte-se que o texto transcrito acima também foi reproduzido, de forma parcial, por BERALDO, Leonardo de Faria. **"A relativização da coisa julgada que viola a Constituição"**, **Coisa julgada inconstitucional** (livro coletivo coordenado por Carlos Valder do Nascimento). 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 188.

40 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 599.

Desta forma, pode-se garantir que o pós-positivismo atual desencadeou um abrandamento da idéia da norma como fonte quase que única do direito, dando maior valia ao aprendizado principiológico.

A razão deste interesse dos autores é clara: enquanto a norma, mesmo a constitucional, é efêmera, sendo corriqueiras as mutações supralegais decorrentes da mudança de comando político do país, o princípio é mais duradouro.

Destarte, é mais do que justificável se confrontar a Lei Stasi, que é passageira, com o primado da dignidade da pessoa humana.

8.2 A SIGNIFICAÇÃO DO PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Outro tópico que há de ser aqui enfrentado é o de estabelecer-se uma noção do que possa ser tido como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Que não se pense tratar-se de tarefa fácil, eis que a dignidade do ente humano por vezes ultrapassa a convicção individual.

Sim, por vezes o particular que sofre uma afronta à sua dignidade não tem noção desse ato, sendo necessário um conceito do homem médio para que se possa aferir o que é ou não desrespeitoso, naquele contexto histórico, político e social, à dignidade humana.

Nesta linha de raciocínio, é paradigmático o célebre caso em que os indivíduos portadores de nanismo se constituíam na atração principal de um espetáculo desonroso: o tão falado arremesso de anões. Registre-se que tal fato ocorria na França, mesmo território em que agora se golpeia a liberdade religiosa das pessoas, apequenando as dimensões do credo.

Instado a se manifestar sobre o entretenimento, o Conselho de Estado se posicionou pela impossibilidade de continuidade da prática, embora os próprios anões tenham afirmado, na qualidade de litisconsortes passivos das casas de diversão noturna, que não se sentiam ultrajados com a sua equiparação a um projétil. Afirmavam, outrossim, que pior era quando não tinham emprego e ficavam impossibilitados do sustento próprio e da família.

O interesse dos anões era imediatista, nitidamente derivando de suas precárias situações financeiras. Todavia, a sua coisificação agredia toda a coletividade. Assim sendo, tem-se por reforçada a idéia de que o

conceito de dignidade da pessoa humana transcende o indivíduo diretamente afetado com a questão.

Com efeito, é claramente indigno imaginar-se um ser humano coletando nos depósitos de lixo o seu alimento diário. Todavia, acaso indagado sobre o fato, o indigente fatalmente afirmaria – ante a necessidade de saciar a sua fome – que pior é sofrer de inanição.

É nesse contexto que deve ser entendido o primado da dignidade da pessoa humana, protegendo o indivíduo da sua própria vontade primeira, quando esta for uma expressão viciada ou turvada do que lhe seja mais vantajoso.

Nos dois casos acima indicados, melhor do que permitir a manutenção do lançamento dos anões ou a busca de restos de comida nos depósitos de lixo seria conceder-lhes um emprego digno e permitir, com isso, que eles pudessem fazer frente a todas as suas necessidades vitais básicas.

JOAQUIM B. BARBOSA GOMES, ao analisar a supracitada decisão do Conselho de Estado da França, afirmou que "a decisão ora comentada consagra um novo tipo de intervenção do poder de polícia: a que visa proteger o indivíduo contra si próprio".[41]

Venia concessa, mas o texto ora formulado ousa discordar do autor referido, posto que não se trata de proteger o indivíduo dele mesmo, mas sim das circunstâncias que maculam o seu discernimento.

Seguindo o mesmo caminho apontado acima, que dá conta da dificuldade conceitual da dignidade da pessoa humana, assim se pronunciou Ingo Wolfgang Sarlet:

> Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina,

41 GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. **ADV - Seleções Jurídicas**, n. 12, p. 19, dez. 1996.

> decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambigüidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa.[42]

A dificuldade apontada acima ainda é aquilatada quando se tem em vista que o conceito há de permitir uma adequação contínua, eis que cambiantes são os marcos divisórios do que venha a ser tido como uma vida digna. Outrossim, o conceito encontra outro ponto espinhoso na co-existência – que há de ser harmônica e pacífica – de civilizações diferentes (civilização ocidental, oriental, islâmica e outras tantas), com os seus costumes e valores próprios, verbi gratia, axiomas particulares do que seja ou não digno.

A questão do uso do véu merece citação, porquanto vários são os movimentos feministas ocidentais que julgam humilhante as muçulmanas terem de utilizar citada veste. Todavia, este é o olhar ocidental sobre o assunto. Talvez as mulheres árabes entendam, até pela formação cultural e religiosa que possuem, que não usar a indumentária é que seria ofensivo à sua moral e dignidade.

Em face da universalidade buscada pelos direitos fundamentais e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, é que surge a tentação de olhar o meio de vida alheio com os nossos olhos. Olhar os muçulmanos, do nosso campo ótico ou vice-versa, é ter uma visão distorcida do que seja melhor para cada grupo civilizacional.

Existe o risco, infelizmente, de se impor – mediante sanções econômicas ou outro mecanismo de retaliação – um conceito americano, ou até mesmo europeísta, de dignidade humana, fato que por si só afrontaria a liberdade de escolha dos não americanos do norte e/ou europeus. A sua não oitiva seria um ferimento ao direito fundamental de manifestação e de auto-determinação dos povos "periféricos"[43].

42 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 38-39.

43 A expressão é aqui utilizada com a mesma acepção empregada por MARCELO NEVES, quando questiona a possibilidade de se estabelecer uma teoria constitucional global. O referido autor entende que cada povo tem seu momento histórico, político, social e que, por via consecutiva, existiriam várias teorias constitucionais a se formar. O leitor que pretender se aprofundar nestes apontamentos e que for versado na língua alemã deve fazer a consulta

Dentro do contexto sintetizado acima é que se manifestou Patrícia Jerónimo, fazendo-o da seguinte forma:

> No Ocidente e no Islão encontrámos duas formas de conceber o Direito e duas formas de enquadrar e proteger o Homem. Uma como outra incompletas, susceptíveis de uma evolução que lhes permita responder aos sempre novos problemas postos ao homem, e às sempre novas imagens que este vai tendo de si mesmo. Os Direitos do Homem são um "artefacto" ocidental e não podem desprender-se dessa sua condição. Isso não significa, no entanto, que nos outros lugares do mundo o homem conheça necessariamente abusos ou esteja necessariamente pior protegido. Porque há vários homens, há também múltiplas formas de lhes oferecer tutela. Pretender que a fórmula que serve o Ocidente, serve o resto do mundo significa ignorar esta que é uma realidade indesmentível e alinhar com a "tirania do universal". A universalidade dos Direitos Humanos não procede, portanto. Isso não significa, todavia, que devamos prescindir de um corpo de referentes ético-jurídicos de dimensão transcivilizacional. Um tal corpo de valores é imprescindível para o bom funcionamento da comunidade das nações e das civilizações.[44]

Como derradeira nota deste item, é de ressaltar que a proposta, atualmente em discussão, de uma Constituição para a União Européia dispõe, sobre o dever de observância à dignidade da pessoa humana logo no seu artigo primeiro, deixando o próprio direito à vida como sendo o subseqüente. Trata-se da cristalização da idéia de que vida sem dignidade não é vida, o que nos concede a exata medida da importância do vertente estudo.

8.3 SUA LIGAÇÃO (IN)QUEBRANTÁVEL COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após uma rápida paragem conceitual no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se imprescindível saber da existência ou não de

ao seguinte livro: NEVES, Marcelo. **Verfassung und positivität dês rechts in der peripheren modern: eine theoretische betrachtung und eine interpretation des falls brasilien**. Berlim: Duncker & Humblot, 1992.

44 JERÓNIMO, Patrícia. **Os direitos do homem à escala das civilizações:** proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra: Almedina, 2001. p. 312.

uma ligação inquebrantável do referido cânone e os direitos fundamentais.

Tal intento é crucial para a questão do exame da norma francesa que prega a laicidade para o Estado e a impõe aos fiéis, enquanto estiverem dentro das escolas públicas.

Sim, se a ilação for a de que há o liame em disceptação, inevitável será a afirmação de que o ferimento principial acarretará um abalroamento de direito fundamental por parte de norma infraconstitucional, o que desemboca na inconstitucionalidade da Lei Stasi. Antecipa-se que este é o posicionamento do presente artigo.

Ao contrário, caso se entenda que este elo não está necessariamente presente e, especialmente ausente nesta problemática, mesmo que houvesse um embate entre a Lei Stasi e o princípio da dignidade humana, tal fato não teria o condão de acarretar ferimentos aos direitos fundamentais.

O estudo do preceito da dignidade da pessoa humana é de especial importância para a compreensão dos direitos fundamentais. Sim, mesmo os partidários da tese de que o mencionado princípio não é o fundamento ideológico dos direitos fundamentais são uníssonos ao mencionar o local de relevo habitado pelo cânone em epígrafe.

Partindo-se desta premissa, deve-se destacar que alguns autores chegam a afirmar que o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais reside no aludido princípio. Dentre os que advogam esta linha de pensar, merecem destaque GÜNTER DÜRIG[45], JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE[46] E CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, que assim se posicionou em recente obra coletiva:

> O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório, porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

45 DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines proktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: **Archiv des Öffentlichen Rechts** (AÖR) n. 81, p. 9. 1956.

46 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Esse princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional de cada povo.[47]

Em corrente doutrinária oposta, existem aqueles que teorizam que, embora a dignidade da pessoa humana seja relevante para a criação de um óbice com relação à elaboração legislativa tendente a contrariar os direitos fundamentais, ela não seria a motivação de todos os direitos fundantes.

Corroborando com o que se alega, o escrito, mais uma vez, vale-se do pensar de INGO WOLFGANG SARLET, se não vejamos:

> A tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana não se identifica (não se confunde), pelo menos não necessariamente, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais tem prevalecido e é também por nós acolhida, seja pelo fato de estarmos convencidos de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo de dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial (já que é vedada a sua abolição), seja pela circunstância de que - na esteira do que sustenta a doutrina majoritária - tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo de dignidade.[48]

Diante desta clara dicotomia doutrinária, o presente estudo toma partido pela primeira corrente, alertando aos leitores que este pensar é minoritário nos hodiernos dias.

Com efeito, embora a maioria dos autores engrosse as fileiras daqueles que não vêem na dignidade da pessoa humana o traço inicial de todos os direitos fundamentais, este escrito ousa afirmar que, apreciado cada um dos direitos telados, fica patente que são claras ramificações de um tronco único: o da dignidade da pessoa humana.

47 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 37.
48 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 120 (nota de rodapé de n° 227).

Resta esclarecer, todavia, que o texto ora escrito entende que a dignidade da pessoa humana está presente de forma imediata (primária ou automática) ou de forma mediata (secundária ou derivada) na totalidade dos direitos fundamentais. Assim sendo, pode-se afirmar que todo o ideário de direitos fundamentais surgiu do primado da dignidade da pessoa humana.

Quem também segue o mesmo caminho, ainda que minoritário, é FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, quando diz que:

> Destarte, assinalamos a nossa segunda proposição: o princípio da dignidade da pessoa aglutina todas as dimensões dos direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana explica o porquê de não se poder compreender as dimensões dos direitos fundamentais de modo isolado ou distante. Promove a integração de todas elas. Demonstra a mesma essência, por ex., dos direitos individuais e dos direitos sociais. Todas as dimensões dos direitos fundamentais se voltam em uma unidade ao princípio da dignidade da pessoa humana.[49]

Ainda merece registro, em defesa da pureza dos direitos fundamentais, ou seja, da não-contaminação dos referidos direitos por aspectos que não permeiem a dignidade da pessoa humana, as lúcidas palavras de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *litteris:*

> Há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.[50]

Do ponto de vista histórico, verifica-se que a solidificação dos direitos fundamentais coincide com a maior respeitabilidade, por parte do Estado, do ente humano. Esta foi a principal conclusão a que chegou PEDRO CRUZ VILLALON.[51]

49 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 309.

50 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 34.

51 VILLALON, Pedro Cruz. Formacion y Evolucion de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de De-**

Acerca da dignidade da pessoa humana, há de destacar que se fez necessário encontrar, no avanço das sociedades modernas, um ponto de equilíbrio entre o pensamento vestibular, segundo o qual o Estado só tinha razão de existência enquanto fosse instrumento posto à disposição dos particulares para que estes alcançassem os seus objetivos, e o da corrente antagônica, defensora da tese de que o Estado haveria de ter sempre primazia de vontades em face dos cidadãos.

Em relação às concepções conceituais do primado da dignidade da pessoa humana, tem-se que, em primeiro momento, surgiu a corrente individualista, advogando a tese de que o homem seria o núcleo central da vida em sociedade.

Em contraposição a esta corrente doutrinária, tomou corpo a corrente do transpersonalismo, detentora da idéia de que o alcance dos anseios plurais e coletivos traria consigo a efetivação das vontades individuais. Contudo, caso existisse um conflito entre a vontade colegiada e a individual, haveria de se dar primazia ao axioma do conjunto em detrimento do elemento único.

Com o fito de tentar harmonizar as duas correntes doutrinárias supracitadas, que defendiam, aprioristicamente e antes da situação posta, o Estado em face do indivíduo ou vice-versa, emerge a teoria do personalismo, entendendo que se deve analisar cada caso isoladamente para, a partir da abordagem fática, conceder-se privilégio ao anseio do particular ou do ente estatal.

Como ficou claro no que foi explicitado, o presente escrito engrossa as fileiras da teoria personalista, vez que seria equivocado estabelecer um pré-julgamento da matéria, sempre pugnando pela defesa dos anseios estatais, ou defendendo os interesses dos particulares. Quer aparentar que as duas correntes anteriores pecaram pelo maniqueísmo com que enfocavam a dignidade da pessoa humana.

Quem reforça a tese ora defendida é FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, que faz uma elogiável apreciação histórica dos delimitadores conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que:

> Historicamente, três concepções marcaram, basicamente, o conceito de dignidade da pessoa humana, cada uma importando, em conseqüência, numa compreensão dos direitos fundamentais, do homem e do Estado: individualismo,

recho Constitucional, Afio 9, número 25, p. 35-62, Enero-Abril, 1989

transpersonalismo e personalismo.

Caracteriza-se o individualismo pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos. Seu ponto de partida é, portanto, o indivíduo. Aqui, os direitos fundamentais serão, antes de tudo, direitos inatos e anteriores ao Estado, e impostos como limites à atividade estatal. Num conflito entre indivíduo versus Estado, privilegia-se, sempre, aquele.

Já com o transpersonalismo, temos o contrário: é realizando o bem coletivo, o bem do todo, que se salvaguardam os interesses individuais; inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos. Nega-se, portanto, a pessoa humana como valor supremo. Enfim, a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo.

Conseqüência lógica será a tendência na interpretação do Direito que limita a liberdade em favor da igualdade, que tende a identificar os interesses individuais com os da sociedade, que privilegia estes em detrimento daqueles.

A terceira corrente, que ora se denomina personalismo, rejeita quer a concepção individualista, quer a coletivista; nega seja a existência da harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade. Fundada na distinção entre indivíduo e pessoa, não há que se falar, aprioristicamente, num predomínio do indivíduo ou no predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias; solução que pode ser a compatibilização entre os mencionados valores.[52]

Nesta linha de raciocínio, tem-se que, em determinadas circunstâncias, vislumbrar-se-á a subordinação da vontade unipessoal ao anseio coletivo, fato que se pode inferir do chamado Poder de Polícia Administrativa. Em determinados momentos da vida social, deve-se dar maior valia ao axioma plural do que ao individual, sem que tal fato venha a desnaturar a dignidade singular de cada ser humano.

Ao contrário senso, em outras passagens da vida cotidiana, vê-se que o Estado deve estar à disposição dos particulares, não perdendo de vista a razão de sua criação, que é o bem estar coletivo.

52 SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.p. 108.

Poder-se-ia afirmar uma suposta existência de fluidez ou de vagueza quanto a momentos ou circunstâncias em que haveria a prevalência dos direitos coletivos sobre o plano singular ou o oposto. O tópico atrelado ao enquadramento dependerá do caso concreto. Assim sendo, só com a apreciação da circunstância fática é que será possível uma resposta à indagação de aplicabilidade da vontade estatal ou do anseio do indivíduo. Confrontado com o caso concreto da Lei Stasi, tem-se que a resposta adequada – por parte dos integrantes da escola personalista (que é a seguida pelo subscritor) – é a de reafirmar a possibilidade de pleno exercício religioso dentro dos educandários franceses.

Pensar diferentemente (desprezando o caso concreto), e entender que seria possível estabelecer um exaustivo rol de circunstâncias em que a vontade do homem deve prevalecer sobre a do Estado, ou vice-versa, seria incorrer no mesmo equívoco de conceitos ou respostas pré-concebidas, além de inibir o avanço da sociedade.

A gênese dos direitos fundamentais, mormente os primeiros, que diziam respeito à liberdade, tem como fato ensejador a constatação de que o homem não pode ser abordado como mera figura de anatomia.

Com efeito, para que se pudesse ter mais firme a regra da dignidade da pessoa humana, e via consecutiva, o arcabouço teórico para a implementação dos direitos fundamentais, teve-se de transpor este pensamento reducionista, de enfocar o ser humano como figura meramente biológica, e encarar que o mesmo é dotado de razão e de diversos axiomas que são adquiridos em sua formação religiosa, educacional, social, política, econômica, dentre outras.

Quem retratou, com singular felicidade, esta interdependência entre os direitos fundamentais e o cânone da dignidade da pessoa humana foi Isaac Sabbá Guimarães, ao afirmar que:

> A estruturação dos direitos fundamentais (de liberdade) encontra seu radical na apreciação do homem como ser detentor de características, que vão muito além da mera compreensão de seus atributos somáticos. Ultrapassa o entendimento biológico, para compreender o homem como ser dotado de racionalidade, e que, no seu desen-

> volvimento, encerra as dimensões psíquica, moral e espiritual. Sua condição é, pois, apreciada segundo critérios de valor, critérios que lhe conferem especial dignidade. Esta correlação do homem, ser individual e social, a um conteúdo de dignidade, indissoluvelmente unida à idéia de liberdade, adquire um significado jurídico-político. Por isso, a dogmática constitucional parte da apreciação da pessoa humana para estabelecer os sistemas de direitos fundamentais.[53]

Reforçando o pensamento exposto acima, impende trazer à baila os ensinamentos de autoria de José Casalta Nabais, para quem os direitos fundamentais teriam o cunho de norma supraconstitucional, sendo decorrentes do dogma da dignidade da pessoa humana. Ao se referir ao exemplificativo elenco dos direitos fundamentais encravados na Carta Constitucional de Portugal, o jurista aduz que:

> A mera transcrição destes preceitos básicos e emblemáticos da Constituição denuncia logo e de uma maneira muito clara o lugar central que nela ocupa: o conhecimento dos direitos fundamentais como um dos seus eixos estruturais e o sentido profundo que cabe a tais direitos enquanto expressão do estatuto jurídico-subjectivo básico e irredutível do homem, decorrente da sua própria natureza e dignidade. Este aspecto – a dignidade da pessoa humana como base da República e do Estado português –, para o qual se podem invocar diversos outros suportes constitucionais como o da precedência, na sistemática constitucional, dos direitos fundamentais (parte I), relativamente à organização econômica (parte II) e à organização política (parte III), coloca a Constituição portuguesa na linha do constitucionalismo europeu e ocidental clássico, que garante os direitos fundamentais antes e independentemente de qualquer regulamentação da vida económica e da vida política da sociedade.[54]

53 GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Habeas corpus:** críticas e perspectivas. Curitiba: Juruá, 1999. p. 96.
54 NABAIS, José Casalta. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa**. Separata do Boletim do Ministério de Justiça, Lisboa p. 17, n. 400, 1990.

No que diz respeito ao cerne deste ensaio introdutório, que é o estudo da nova lei francesa de laicidade (Lei Stasi) e o direito fundamental dos praticantes das religiões, não se pode olvidar que dentre os direitos fundamentais está o de livremente exercer a sua fé – aí se incluindo o porte e a utilização de símbolos físicos de enalteçam o plano metafísico, em qualquer de suas divindades.

Tal garantia decorre da constatação, no plano da dignidade da pessoa humana, de que não é digno privar aquele que tem fé, em qualquer lugar ou circunstância, não se podendo cogitar de o Estado impor aos indivíduos a renegação das suas ideologias religiosas, enquanto estiverem nos ambientes de ensino público da França.

Ante tais fatos, é de reconhecer que o subsistema normativo infraconstitucional francês, olvidando que o primado da dignidade da pessoa humana – que a nosso ver é a viga mestra de todos os direitos fundamentais – passa pelo exercício pleno e irrestrito das convicções religiosas, caminhou no sentido de criar empecilhos à exteriorização da fé dos que estejam dentro dos educandários daquele país.

Logo, precipitando uma conclusão, não seria desaconselhável afirmar que a norma em testilha é inconstitucional, tendo ferido direito de silhueta fundamental.

9 CONCLUSÃO

Ao final da breve exposição teórica formulada acima, torna-se possível inferir o seguinte, sem qualquer pretensão de exaurir a temática:

a) existe um ponto de interseção entre o estudo dos Direitos Fundamentais e a tônica religiosa das pessoas, sendo certo que a doutrina não é uníssona quanto à maior ou menor intensidade deste entrecorte. Logo, não é descabido apreciar a questão da nova lei francesa de laicidade sob o prisma dos direitos fundamentais;
b) não se tem um conceito pronto e acabado do que venha a ser um direito fundamental, porquanto várias podem ser as

perspectivas de seu enquadramento (perspectiva filosófica ou jusnaturalista; perspectiva universalista ou internacionalista e perspectiva estadual ou constitucional)[55]. Entrementes, o presente ensaio optou pelo critério estatal, que privilegia a inserção das normas detentores de fundamentalidade dentro da Carta Magna;

c) a dificuldade conceitual deriva do fato de ser um instituto coevo.

d) por outro lado, a fluidez das normas detentoras de fundamentalidade em nada auxilia a gênese do conceito ora discutido. Destarte, é premente que se estabeleça a sua real significação, a sua abrangência, as suas limitações e os mecanismos para transpor eventuais colisões;

e) a questão da lei francesa de laicidade é relevante, porque pode ser interpretada como uma restrição aos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Constituição, bem como causadora de uma aparente colidência de direitos: de um lado, o Estado, que deve mostrar a sua imparcialidade religiosa, e, de outro, os cidadãos, que têm o direito individual de exercer, em qualquer tempo e lugar, a sua fé, porquanto não se pode imaginar que esta possa ser deixada do lado de fora dos portões das escolas públicas e/ou de quaisquer outros estabelecimentos. Ela vai n'alma de quem acredita e não respeita limites administrativos, de engenharia ou quaisquer outros umbrais. Emergiu, o atrito, entre os direitos em cotejo quando o Estado francês, tentando manter a neutralidade religiosa nas dependências das escolas públicas, violou o direito de cada um carregar consigo algum símbolo que expresse aquilo em que crê;

f) quanto ao item das limitações dos direitos fundamentais, o texto assimila as palavras de Jorge Reis Novais,

55 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 13.

quando este diz que a restrição deve ser entendida como "acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental"[56]. Contudo, a restrição não pode se chocar com o espírito constitucional, devendo apenas servir de conformação do possível. Logo, fora destas hipóteses, qualquer restrição infraconstitucional há de ser repudiada. No caso em apreço, forçoso concluir que a positivação francesa foi infeliz na exata medida em que trouxe dificuldades ao exercício pleno das crendices religiosas, sendo norma marcada pela pecha da inconstitucionalidade, eis que estabeleceu situação restritiva não admitida pela Constituição da França;

g) não há colisão[57] real entre os direitos em questão (direito-dever do Estado em manter seu afastamento religioso versus o poder dos cidadãos externarem a sua fé, por meio de símbolos, vestes e congêneres), porque o que há é mera inconstitucionalidade da Lei Stasi, uma vez que a referida norma ordinária ultrapassou os limites permitidos para a restrição infraconstitucional dos direitos fundamentais. Com efeito, alguns poderiam até mesmo afirmar que se está diante dos limites imanentes pronunciados por ROBERT ALEXY[58]. Entretanto, há que se fa-

56 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 247.

57 Quem pretender se aprofundar nas questões dos conflitos reais e/ou aparentes dos direitos fundamentais vai encontrar na obra do professor JOSÉ CASALTA NABAIS uma fonte potável de saber jurídico. Logo, remete-se o leitor para a consulta de sua obra doutoral: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 25-27 (nota de rodapé de n. 26).

58 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81-114 e 267-291.

lar em antinomia apenas quando a mesma Carta Magna estabelece dois preceitos que se atritam[59]. In casu, não foi o que ocorreu, porquanto a Lei Fundamental da França harmoniza a questão da cisão entre o Estado e a religião, ao mesmo passo em que concede liberdade religiosa aos franceses. O que ocorreu foi uma infelicidade do legislador infraconstitucional, que há de ser debelada pelo princípio da supremacia da Constituição;

h) a questão mudaria de figura caso, ao invés da aprovação da Lei Stasi (norma claramente infraconstitucional), o governo francês optasse pela mudança da Constituição, fazendo nela inserir esta abstinência religiosa forçada, sem desconstitucionalizar a liberdade de consciência e de religião. Nesta hipotética situação, haveria um descompasso dentro da própria Norma Ápice (fator não admitido pela maioria dos doutrinadores sob a alegação de que haveria aí uma afronta ao dogma da unidade constitucional). Logo, seria necessário apontar qual dos direitos haveria de ser priorizado. No caso em apreço, o texto entende que o melhor caminho seria o pronunciamento pela inconstitucionalidade da suposta norma constitucional em questão (hipotética norma constitucional de vedação reli-

59 Fica claro que o texto ora escrito assimila como verdadeiras as formulações conceituais de OTTO BACHOF, visto que a unidade e a harmonia constitucionais não são conseguidas à priori ou à partida. São, sim, metas. Logo, quando o constituinte, mesmo o originário, equivoca-se na gênese constitucional e faz com que duas normas supralegais entrem em atrito pode-se falar em norma constitucional inconstitucional. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal do Brasil não admite, até o presente momento, normas constitucionais contraditórias de índole originária, só aceitando conflito entre o constituinte originário e o derivado (vide Ação Direta de Inconstitucionalidade 815-3, de relatoria do Ministro MOREIRA ALVES). Muito embora reconheça a pujança da corrente opositora, o presente estudo encampa como dito acima, o pensamento do doutrinador alienígena, entendendo que existem normas constitucionais de maior e de menor valia e, quando os preceitos constitucionais são confrontados e não se vislumbre a harmonia normativa pretendida, haverá de se priorizar as normas materialmente constitucionais em desfavor daquelas que são constitucionais apenas quando ao prisma formal. No que concerne à Lei Stasi, fica evidente que o direito do exercício religioso é de conotação material, enquanto que a impossibilidade de se portar sinais ostensivos desta ou daquela religião em escolas públicas é de índole apenas formal. Logo, tem-se pela invalidade normativa infraconstitucional e que agride preceito e espírito da Lei Maior. Ademais, agride o metaconstitucionalismo do Direito Comunitário, eis que a nova lei de laicidade da França colide com o art. 10 da Carta Européia dos Direitos Fundamentais, que foi subscrita pelo governo gaulês.Assim sendo, é de leitura obrigatória (diz o subscritor) o livro do constitucionalista alemão: BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

giosa em localidades públicas) e o retorno ao status quo ante. Reforçando o que se alegou acima, pede-se venia para trazer à lume as palavras de Wilson Antônio Steinmetz, segundo o qual "a colisão de direitos fundamentais, in concreto, tem de ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental";[60]

i) o Parlamento francês laborou em equívoco quando não se apercebeu que existem duas vertentes para a laicização: a separação (que há de existir entre o Estado e as religiões) e a neutralidade (que foi ferida quando se estabeleceu regramento que dificulta o exercício religioso dos indivíduos);

j) a proibição normativa de se externar a sua crença tende a criar um clima de submissão por parte dos praticantes de credos religiosos que estabelecem dogmas extrínsecos ao indivíduo. Alguns fundamentalistas religiosos, uma vez acuados, podem reagir com violência, no intuito de demonstrar a sua força e a pujança de seu credo. Logo, não seria ilícito pensar que haveria a criação de uma zona de tensão desnecessária, mormente em época de demonstrações explícitas de intolerâncias religiosas, verbi gratia, os atentados ao World Trade Center (Nova Iorque, 11 de setembro de 2001) e à estação ferroviária de Atocha (Madri, 11 de março de 2004);

k) sabe-se que o estudo do direito não pode ser dissociado de outras áreas do saber. No caso em particular, tal argumento é bastante propício no que pertine ao uso ou não dos véus nas escolas públicas francesas, até porque existe estudo médico, cujos resultados foram recentemente divulgados, que conclui pela diminuição de uma espécie de câncer que atinge o trato respiratório superior caso haja o uso dos véus islâmicos. Com efeito, o médico canadense Kamal Malaker,

60 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 216.

integrante da equipe de especialistas do nosocômio Rei Abdul Aziz, afirmou que as mulheres sauditas (público alvo da pesquisa) apresentam uma baixa taxa de infecção de um vírus associado ao câncer nas regiões do nariz, da garganta e da faringe, tudo em decorrência do uso da indumentária. O médico entende que o véu se mostra uma verdadeira proteção para o sistema respiratório.[61] Diante deste novo fato, cabe indagar: a norma francesa de laicidade pode impingir a salvaguarda da saúde e/ou da própria vida, eis que são comuns os óbitos em virtude de cancro? O legislador francês sabia destes estudos quando da gênese da norma em comento? Frise-se que não é necessário ser douto em ciências médicas para se saber, por exemplo, que a menor exposição solar – circunstância comum às muçulmanas que usam as vestes tradicionais – minimiza a probabilidade de um câncer de pele. Estes aspectos foram, aparentemente, ignorados pelo legislador francês;

l) a grita dos muçulmanos traz a reboque a voz de todas as demais religiões que estabelecem formas de exteriorização de sua crença. Logo, a norma em análise atenta contra os preceitos religiosos fundamentais não só dos islâmicos, mas dos que aderirem a qualquer fé que careça de demonstrações extrínsecas ao praticante;

m) o texto concorda e se permite transcrever o pensamento de Jorge Miranda no sentido de que "sem plena liberdade religiosa, em todas as suas dimensões – compatível com diversos tipos jurídicos de relações das confissões religiosas com o Estado – não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política. Assim como, em contrapartida, aí onde falta a liberdade política, a normal expansão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada";[62]

61 A notícia em comento foi divulgada mundialmente pela agência Reuters. No Brasil, a Folha on line repercutiu a matéria em sua edição virtual de 19 de março de 2004. (página da Internet visitada às 14:53).

62 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Tomo IV: Direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 408.

n) a Lei Stasi olvidou a função multicultural das escolas e não estimulou a convivência de pessoas que profetizam credos distintos, criando uma homogeneidade artificial de abstração religiosa;
o) além de ferir mandamento constitucional próprio, a Lei Stasi macula direito inserido na Carta Européia de Direitos Fundamentais (art. 10), circunstância inaceitável em virtude de ter subscrito o citado Tratado e em decorrência do princípio da constitucionalização da melhor tutela européia em sede de direitos de fundamentalidade (arts. 52 e 53 do epigrafado Diploma Legal Comunitário);
p) caso o legislador brasileiro tenha a infeliz idéia de se inspirar na norma gaulesa, antecipa-se a sua inadequação em face dos artigos 5° (incisos VI, VII e VIII), 19 (inciso I) e 60 (§ 4°, IV) da Carta Política Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los princípios**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**? Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa – Coimbra: Almedina, 1994.
BARBIER, Maurice. **La laicité**. 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 2.ed. Brasília: UnB, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**.10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estado de direito. – Lisboa**: Fundação Mário Soares e Gradiva Publicações, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. v.2

_____. Res Publica: **Ensaios constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA, Paulo Ferreira da. (Org.). **Direitos humanos:** teorias e práticas. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy editora, 2002.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIA, José Miguel. **Direitos fundamentais e direitos do homem.** 3.ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, 2001. v.1.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos fundamentais:** análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho:** aspectos controversos da automatização. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Habeas corpus:** críticas e perspectivas. Curitiba: Juruá, 1999.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

_____. **A era do globalismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

_____. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JERÓNIMO, Patrícia. **Os direitos do homem à escala das civilizações:** proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra: Almedina, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 13.ed. Coimbra: Almedina. 2002.

MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do direito**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais:** conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

_____. **Direitos Fundamentais**: Introdução geral: apontamentos das aulas. – Lisboa, 1999.

MOREIRA, Adriano. **Ciência política**. Coimbra: Almedina, 2003.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NEVES, Marcelo. **Verfassung und positivität dês rechts in der peripheren modern:** eine theoretische betrachtung und eine interpretation des falls brasilien. Berlim: Duncker & Humblot, 1992.

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

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 8.ed. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2002.

QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHMITT, Carl. Verfassungslehre, **Unveraenderter Neudruck.** Berlim. 1954.

_____. Verfassungslehre. Tradução de Francisco Ayala. **Teoría de la Constitución.** Berlin, 1970. Madrid: Alianza Universidad, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALÁEZ CORRAL, Benito. Símbolos religiosos y derechos fundamentales em la relación escolar. **Revista Española de derecho constitucional,** Madri, n. 67, p. 89-125, 2003.

BERALDO, Leonardo de Faria. **A relativização da coisa julgada que viola a Constituição**: Coisa julgada inconstitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines proktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: Archiv des Öffentlichen Rechts (AÖR), n. 81, 1956.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. **ADV – Seleções Jurídicas**, n. 12, p. 19, dez. 1996.

NABAIS, José Casalta. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa. **Separata do Boletim do Ministério de Justiça,** Lisboa, n. 400, 1990.

VILLALON, Pedro Cruz. Formacion y Evolucion de los Derechos Fundamentales, de lavra de Pedro Cruz Villalon, **Revista Española de Derecho Constitucional,** Afio 9, número 25, p. 35/62, Enero-Abril, 1989.

SÃO PAULO. **Folha de São Paulo.** Publicado em: 19 mar. 2004. (versão online).

SÃO PAULO. **Jornal o Público.** Publicado em: 10 fev. 2004. (versão online).