

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VII

2º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO IV, Nº VII, 2º SEM. 2018



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/
e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VII

2º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2018

COLABORADORES:

Alice Ribas Dias Bonizzato
Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga
Ana Isabel Segovia San Juan
Antonio Felipe Delgado Jiménez
Candida Joelma Leopoldino
Carla Benedetti de Oliveira Andrade
Carla Liliane Waldow Esquivel
Carlos de Fuentes G^a-Romero de Tejada
Diogo Basilio Vailatti
Dolores Palacios González
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Flávio de Azambuja Berti
Francisco Javier Sosa Álvarez
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento
Héctor Luis Lovera Esquivel
Icaro Reinaldo Teixeira
Jaime Gallegos Zúñiga
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte
José Laurindo de Souza Netto
Jose María Asencio Gallego
José Mauricio Conti
Jozélia Nogueira
Judith Morales Barceló
Karine Silva Demoliner
Luigi Bonizzato
Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Marilene Araújo
Mário Luiz Ramidoff
Maritza de la Caridad McCormack Bequer
Marta Madriñán Vázquez
Naiara Posenato
Nilton César da Silva Flores
Ricardo Delgado Preti
Roberta Maria Costa Santos
Roberta Soares da Silva
Rodrigo Polanco Lazo
Tatsiana Ushakova
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Tiago Martinez
Vanessa Fontana
Vinicius Figueiredo Chaves

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Catedrático de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual. (www.editorialjurua.com/revistaconsinter)

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITOS HUMANOS. UMA LEITURA DA TEORIA DA DECISÃO ADEQUADA A PARTIR DE CASOS PARADIGMÁTICOS JULGADOS PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

RELIGIOUS FREEDOM AND HUMAN RIGHTS. A READING OF THE APPROPRIATE DECISION THEORY FROM PARADIGMATIC CASES JUDGED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.04

Maria Celeste C. L. dos Santos¹ – ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1835-761X>

Marilene Araújo² – ORCID: <https://orcid.org/0000-000-5611-3184>

Resumo: A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* garante a liberdade religiosa daquela comunidade. Ao mesmo tempo, as divergências da cultura dos direitos humanos e da cultura religiosa apresentam para a Corte Europeia de Direitos Humanos a cada momento um novo problema. O art. 9º da Convenção estabelece a liberdade religiosa, outros direitos preservados pela Convenção aparecem, iniciando disputas e jogos de interesses. A Corte recorre ao critério de ponderação. De um lado, é dever do Estado garantir a liberdade religiosa, porém a proteção de um direito pode mitigar outros direitos garantidos pela Convenção. Será que na busca pela efetividade da liberdade religiosa, o Tribunal pode encontrar uma decisão adequada, controlável e racional? A tópica poderá orientar a obtenção de respostas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Liberdade Religiosa. Corte Europeia de Direitos Humanos. Teoria da adequação.

Abstract: The European Convention on Human Rights guarantees the religious freedom of that community. At the same time, the divergences in the culture of human rights and religious culture present a new problem for the European Court of Human Rights. Article 9 of the Convention establishes religious freedom, other rights preserved by the Convention appear, initiating disputes and sets of interests. The Court uses the criterion of weighting. On the one hand, it is the duty of the State to guarantee religious freedom, but the protection of a right may mitigate other rights

¹ Professora Associada pela USP, Livre Docente em Direito Penal pela USP, Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela PUC-SP, Pós-Doutora em Psicologia pela PUC-SP, Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em Direito da PUC-SP, Mestre em Direito Penal pela PUC-SP, Mestre em Filosofia pela PUC-SP, Doutoranda em Ciência da Religião pela PUC-SP, Líder do Grupo de Pesquisas: “*Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma*”, credenciado pelo CNPQ, Advogada.

² Doutoranda em Filosofia do Direito PUC-SP. Mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP. Especialista em Direito Administrativo PUC-SP. Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Membro do Grupo de Pesquisas Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma, da Faculdade de Direito PUC-SP. Advogada.

guaranteed by the Convention. Is it in the quest for the effectiveness of religious freedom that the Court can find an adequate, controllable and rational decision? The topic can guide you to get answers.

Keywords: Human rights. Religious freedom. European Court of Human Rights. Theory of Adequacy.

INTRODUÇÃO

A *Convenção de proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, mais conhecida como a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, foi assinada pelos Estados-membros do Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, no Palácio Barberini, em Roma. Após ter sido ratificada por dez países, a Convenção entrou em vigor em 3 de setembro de 1953. O texto publicado pelo Conselho da Europa, visando novas estratégias em processos de justiça, fortalecido pelo legítimo discurso sobre os direitos humanos, marca o nascimento de novas práticas sociais, morais e políticas humanitárias, em decisões mais justas e adequadas.

Sob a égide da dignidade humana a ser preservada, os arts. 9º e 14º, prescrevem:

Art. 9º. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituiriam disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. (grifo nosso)

Art. 14º. Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação. (grifo nosso)

E, quando é chamado a pronunciar-se sobre um conflito entre dois direitos igualmente protegidos pelo Convênio, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, deve realizar uma *ponderação* dos interesses em jogo, no caso concreto. O Estado deve garantir ambos os direitos e, se a proteção de um conduz à vulneração do outro, deve decidir sobre os meios adequados para que essa violação seja *proporcional* ao objetivo perseguido.

Uma interferência é considerada como *necessária em uma sociedade democrática* (art. 9º, supra citado), quando para alcançar um objetivo legítimo responde a uma *necessidade social imperiosa* e se é *proporcional* ao fim perseguido. Logo, quando a *liberdade religiosa* for restringida e esta restrição for importante para o gozo efetivo dos direitos fundamentais, ou de foro íntimo de um indivíduo, deve ser respeitada e reconhecida.

Todavia, quando não há consenso entre os Estados-membros do Conselho da Europa, seja sobre a importância dos interesses em jogo ou sobre os meios mais

adequados para protegê-los, deve haver uma *moderação, um equilíbrio* entre os interesses particulares e públicos enfrentados. Há uma obrigação do Estado de proteger a autonomia das comunidades religiosas, que existem tradicional e universalmente sob a forma de estruturas organizadas. Esta autonomia é indispensável para o *pluralismo* em uma sociedade democrática e se encontra no mesmo centro de proteção oferecida pelo art. 9º da Convenção. Se assim não fosse, todos os aspectos da *liberdade de religião* do indivíduo estariam debilitados.

A relevância do presente artigo consiste em identificar a problemática da ambivalência entre a Religião e o Direito, que emerge a partir de questões polêmicas e complexas, levadas ao debate público por meio de demandas judiciais, notadamente em algumas que são julgadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, na contemporaneidade. Quatro são os níveis abordados: no primeiro, o tema é o da liberdade religiosa na dinâmica dos direitos e deveres; no segundo, o dos direitos humanos e as liberdades; no terceiro, as fronteiras de participação; e finalmente, no quarto, coteja-se a possibilidade de uma teoria da adequação em julgados paradigmáticos da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A metodologia aplicada será *empírica*, através da *análise documental comparativa* em estudo de casos, julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Foi estudada a legislação pertinente a cada país, em casos *ex-post-facto*.

A busca da efetividade (ou não) do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em decisões envolvendo questões polêmicas e complexas de valoração da liberdade religiosa, pode ser considerada legítima para sustentar uma teoria da decisão adequada?

1 LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa, sem dúvida, comporta o direito de adorar a Deus, individualmente e em comunidade, de acordo com a própria consciência. Porém, por outro lado, a liberdade religiosa, por sua natureza, transcende os lugares de culto e a esfera privada dos indivíduos e as famílias, porque o fato religioso, a dimensão religiosa, não é uma subcultura, é parte da cultura de qualquer povo e de qualquer Nação (PAPA FRANCISCO, 2015).

A *liberdade religiosa*, concebida na tradição jurídica ocidental como a primeira das liberdades, encontra amparo em esferas de proteção distintas, ora como princípio, ora como um direito a ser perseguido.

A liberdade religiosa como *princípio* refere-se ao modo como o Estado se relaciona com o religioso: se declara (ou não) sua incompetência para definir-se nesta matéria, ao entender que dita definição corresponde exclusivamente aos cidadãos.

Por outro lado, toda pessoa é titular do *direito de liberdade religiosa* por exigência mesma de sua própria natureza. O conteúdo deste direito é extenso e inclui a proteção de outros que estão direta e indiretamente vinculados a ele, tal como se denota nos principais textos internacionais de proteção dos direitos humanos. Instrumentos como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*³, o *Convê-*

³ Inspirada nos pensamentos iluministas, bem como na Revolução Americana (1776), a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária aprovou em Versalhes, a 26 de agosto de 1789 e votou em 2 de outubro definitivamente a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Já a *Declaração dos Direitos Humanos* foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Uni-

*nio Europeu de 1950, ou a Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, que aludem ao conceito de religião em um sentido amplo, incluindo as religiões tradicionais, as denominações, os novos movimentos religiosos e as crenças com perfis similares ao das religiões tradicionais. Obviamente, as denominadas *seitas destrutivas* estão excluídas desta proteção, na medida em que atentam contra a dignidade humana ou contra a ordem pública. Ademais a legislação de alguns países, como a Espanha, o Peru, proíbem expressamente a assimilação dos fins religiosos mais ou menos relacionados.*

A doutrina científica, deste modo, conceitua nitidamente a tríade de *Liberdades* recolhidas no art. 18, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a saber *liberdade de pensamento, liberdade de consciência e liberdade de religião*. Ainda que cada uma delas tenha seu objeto próprio, as três compartilham um mesmo fundamento: a liberdade inerente à dignidade de pessoa humana, sendo a potência intelectual que a diferencia significativamente dos demais seres vivos.

Entende-se por *liberdade ideológica*, a faculdade de se manifestar, defender e propagar as próprias ideias. A *liberdade de consciência* supõe a garantia de poder agir e obrar sem ser perturbado por poderes públicos e, a *liberdade religiosa* pode-se definir como o direito de toda pessoa de poder viver em conformidade ou, em desconformidade, com suas convicções ou crenças religiosas.

Em sentido negativo, a *liberdade religiosa* é a ausência de coação externa, quer no ato de fé, quer no exercício do culto, público ou privado, quer na difusão das próprias convicções religiosas.

No mundo moderno, em que o pluralismo religioso se tornou onipresente, a fé acha-se diante de um desafio significativo e tem gerado poderosos movimentos de renovação. Muitas instituições religiosas têm dificuldade com a liberdade religiosa, especialmente quando reivindicam possuir verdades reveladas.

O Papa João XXIII, em 1959, anunciou o Concílio Ecumênico Vaticano II, convocado em 1962, cuja continuidade e conclusão deu-se em 1965, no pontificado de Paulo VI. Ao se concentrar no tema da *liberdade na dinâmica dos direitos e deveres*, o Concílio afirma:

A pessoa humana tem direito à liberdade religiosa, consiste tal liberdade no seguinte: os homens todos devem ser imunes de coação tanto por parte de pessoas particulares quanto de grupos sociais e de qualquer poder humano, de tal sorte que, em assuntos religiosos, a ninguém se obrigue a agir contra a própria consciência, nem se impeça de agir de acordo com ela, em particular e em público, só ou associado a outrem, dentro dos devidos limites. Além disso (este Concílio) declara que o direito à liberdade religiosa se funda realmente na própria dignidade da pessoa humana, como a conhecemos pela palavra revelada de Deus e pela própria razão natural. Este direito da pessoa humana à liberdade religiosa, na organização jurídica da sociedade, deve ser de tal forma reconhecido, que chegue a converter-se em direito civil.

A Organização das Nações Unidas, por seu turno, proclama no art. 18:

Todo homem tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, iso-

das (Resolução 217, A, III), em 10 de dezembro de 1948. Em seu art. 3º estabelece que: *Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.*

lada ou coletivamente, em público ou em particular. (Declaração Universal dos Direitos Humanos)

Estas declarações, de origem diversa, indicam o clamor pela liberdade religiosa. Assim, a relação fundamental do Direito com a Religião é, portanto, complexa e privilegiada, ainda mais no contexto brasileiro de separação e neutralidade estatal diante das denominações religiosas. Na lide para garantir tais direitos, quer seja na esfera dos poderes estatais constituídos ou mesmo na atividade intelectual da academia, não deve existir apenas a preocupação com o conceito e limites de tais direitos, mas se faz necessária a formulação de meios para que eles sejam mais valorizados.

O exposto, diz Hans Kelsen (KELSEN, 1997), nos leva a considerar o problema da liberdade atribuída ao homem em sua qualidade de membro de uma sociedade, de pessoa submetida a uma ordem moral, religiosa ou jurídica.

Por *liberdade* se entende geralmente o fato de não estar submetido ao princípio da causalidade, já que esta tem sido concebida como necessidade absoluta. Donde dizermos que o homem, ou a sua vontade, é livre posto que sua conduta não esteja submetida a leis causais. Em consequência, por dedução é responsável por seus atos podendo ser recompensado, fazer penitência, ou ser sancionado.

Sem embargo, o contrário é verdadeiro. O homem *não é livre* se não na medida em que sua conduta, apesar das leis causais que a determinam, se converte em ponto final de uma *imputação*, isto é, a condição de uma consequência específica (recompensa, penitência, pena).

Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo.

Liberdade e imputação estão, de fato, essencialmente ligadas entre si. O homem é *livre* para realizar aquela conduta cujo contrário não seja conteúdo de um dever jurídico. O mesmo poderia se dizer, que o homem tem o direito a respirar, andar pela rua etc., da mesma maneira que o tem para emitir livremente suas ideias ou pertencer à religião que queira.

Na sua ordem, o Direito Canônico é *soberano*, motivo pelo qual a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, assegurou em seu inc. VI, a *liberdade de consciência e de crença*, bem como o *livre exercício dos cultos religiosos, protegendo os locais de suas liturgias e cultos*.

O inc. VII, do mesmo diploma legal, assegurou a prestação de assistência religiosa nas entidades civis de interinação coletiva. Também no art. 19, vedou o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, ressalvando na forma da lei a *colaboração de interesse público*. Indo mais longe, leis tutelam o ensino religioso⁴ nas esco-

⁴ O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade que tinha como objeto declarar inconstitucional dispositivo legal que autoriza o ensino religioso na rede pública. Ementa: **Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio laicidade do estado/liberdade religiosa. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas. Conformidade com art. 210, § 1º, do texto constitucional. Constitucionalidade do art. 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado pelo Decreto 7.107/2010. Ação Direta Julgada Improcedente. ADIn 4.439/2017.**

las, erigindo o Código Penal em crime o desrespeito ao *sentimento religioso* (art. 208).

O destaque legal na *colaboração de interesse público*, do art. 19, supra mencionado, enuncia uma razão política a ser perseguida e interpretada.

Sob o prisma prático, como essa projeção do direito de liberdade religiosa converte-se em norma e ação e, que tipo de efetividade alcança no plano da normatização na Convenção Europeia de Direitos Humanos?

2 DIREITOS HUMANOS: *LIBERDADES*, ELÃ VITAL DAS SOCIEDADES

O desenvolvimento das liberdades do homem fez com que o próprio conceito de liberdade sofresse transformações, passando pelas concepções de liberdade, seja *em relação* ao Estado, liberdade *no* Estado, e liberdade *através* do Estado (BOBBIO, 1992).

Inicialmente exigiu-se uma liberdade em relação ao Estado, a fim de impedir a intervenção estatal nas relações sociais (Estado absenteísta). As teses de J. Locke e Montesquieu tinham em vista garantir aos indivíduos um espaço de liberdade em que o Estado não podia penetrar, seja no aspecto físico, de pensamento, de reunião, de religião (Estado laico). A partir da Revolução Francesa, a liberdade assume a forma de organização que lhe é própria: a ordem constitucional, pela qual as leis organizam a liberdade do povo.

Em um segundo momento, passou-se à fórmula da liberdade no Estado, concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia, com o reconhecimento dos direitos políticos de participação dos indivíduos na formação da vontade estatal (Estado democrático).

Por fim, com a proclamação dos direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novos valores, foi consagrada a liberdade através ou por meio do Estado, na qual são necessárias prestações positivas do ente estatal (Estado social). (BOBBIO, 1992)

Nesse sentido, só existe liberdade *dentro do* Direito. Direito que organiza o Estado e garante a liberdade.

*É verdade que nas democracias o povo pode fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é **independência** e o que é liberdade. A liberdade é o **direito** de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam esse poder. (MONTESQUIEU, 1997)*

Esta ideia aflora no art. 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, *in verbis*:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei.

3 FRONTEIRAS DE PARTICIPAÇÃO

*Por onde dois ou três estão juntos em meu nome, eu estou aí entre eles.
(Jesus de Nazaré)*

Pode-se dizer que a partir da década de oitenta os movimentos sociais mudaram substancialmente a constituição da esfera pública, onde somente os segmentos políticos e as elites eram aptas a discutir problemáticas religiosas, em clara verticalização do poder no sentido de cima para baixo. Os movimentos sociais ganharam relevo no Brasil e são uma dessas expressões democráticas de *liberdade de escolhas religiosas*, que deixamos faz tempo hábitos de deferência e de hierarquias. O surgimento das redes sociais, ou da *sociedade rede*, começam a ocupar os espaços públicos e permitem uma liberdade pouco conhecida até então, em termos de processo comunicacional.

Participar se torna socialmente mais do que um luxo; de fato é uma *necessidade funcional* das democracias. Os cidadãos ao participarem tornam-se mais corajosos em suas convicções e crenças. A tecnologia, a internet, a comunicação instantânea tornou tudo mais nítido.

A liberdade religiosa, por meio da desregulação estatal, promoveu o pluralismo religioso. Por não ser passível de *mensuração*, em um mundo globalizado, os arranjos jurídicos e políticos conformam as relações entre a Igreja e o Estado (STARK, 1997).

Segundo Schultz, a ação que se baseia em planejamento consciente tem sido frequentemente chamada de racional. Em vista das ambiguidades existentes, ele considerou o conceito de ação racional como um ideal inatingível para a conduta cotidiana. Preferiu chamar a ação cotidiana, caracterizada por essas opções, de razoável e adequada (SCHULTZ, 1979).

4 TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL EM CASOS PARADIGMÁTICOS JULGADOS PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A experiência jurídica depende de profunda compreensão da Jurisprudência e da doutrina e não só da lei. O excessivo apego às regras pode levar a injustiças graves. Lorenzetti (LORENZETTI, 2010), em sua *Teoria da decisão judicial*, propõe localizar decisões *razoáveis*, fundamentadas e passíveis de controle, em um sistema jurídico complexo que abre um amplo campo para o intérprete do Direito. Através de *paradigmas* na decisão busca *princípios ocultos e um método razoável*. Esclarecendo que, no Direito não há um laboratório onde se possa experimentar, de modo prévio, se uma solução será *adequada* e quais serão suas falhas. Por essa razão, devem ser identificados os critérios corretos para a decisão judicial, através das *fontes* ou *critérios de objetividade*.

As fontes do direito são critérios de objetividade aos quais recorrem os órgãos comunitários, para a solução de conflitos, ou os integrantes do grupo social, para a escolha de condutas que por sua objetividade facilitem o entendimento coletivo.

Ao lado, temos as fontes materiais que se baseiam no argumento da razoabilidade, quando não há uma fonte que obrigue. A razoabilidade é baseada na identificação dos argumentos convincentes conforme os critérios legitimados juridicamente (validade material). Trata-se de um *diálogo de fontes*. Nas lições do mestre alemão Erick Jayme, porque há influências recíprocas, porque há *aplicação* conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalectente (especialmente em Convenções Internacionais), ou mesmo permitindo uma opção pelas leis em conflito abstrato. Uma solução aberta e flexível, de interpenetra-

ção, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco nessa relação, possibilita o tratamento diferenciado dos diferentes.

O fenômeno da incorporação dos direitos fundamentais apresenta princípios e direitos comunicáveis, entre o público e o privado, em intercâmbio permanente. Os tratados sobre direitos humanos, mesmo não integrando a Constituição, tem o mesmo valor das normas constitucionais, e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. No plano interpretativo, deve ser buscada uma *harmonização* entre as normas.

4.1 A Relação entre o Caso Prático e o Sistema

No processo judicial, as várias percepções cognitivas na interpretação das normas conduzem e colaboram para uma espécie de controle da decisão judicial. Mas a decisão nem sempre está demarcada pelo Direito, podendo ser operada por outros fatores de poder, alheios ao sistema jurídico.

A pessoa, física ou jurídica, pode ser titular de direitos subjetivos e de liberdades. No tema dos direitos humanos, a doutrina assinala que o único titular é o homem ou a mulher, como integrante da espécie humana. No entanto, a tendência é a aplicação analógica de alguns preceitos para o caso de pessoas jurídicas.

As liberdades são *faculdades* que podem ser exercitadas ou não de acordo com a vontade de seu titular. A afetação de uma posição jurídica ocasiona a lesão de um interesse legítimo que o sujeito tem de modo não exclusivo e compartilhado com outros. As regras institucionais definem o modo como se exercitam os direitos, e a competência entre eles. Tais regras são objetivas, procedimentais e sistêmicas, considerando que sua finalidade é alcançar a máxima satisfação dos direitos compatíveis com o funcionamento do sistema.

Por outro lado, a utilização da argumentação *Tópica* aristotélica, empregada no Supremo Tribunal Brasileiro, nos norteará na análise sucinta dos casos que se-guem. Os *tópicos* são argumentos extraídos de princípios gerais, de decisões jurisprudenciais, que expressam certo consenso focado na solução de problemas. A *Tópica* é um modo típico do raciocínio que procede por questionamentos sucessivos. É a técnica de pensar por problemas, dado que um problema procura assinalar sugestões, indicar possibilidades, desvendando caminhos e tendo por finalidade uma decisão. O problema leva-nos à escolha do sistema correto e adequado ao caso concreto.

4.2 Casos Paradigmáticos

4.2.1 Liberdade de religiosa X princípio da secularização e segurança

Leyla Sahin X Turquia

Processo 44774 – Sentença Strasburgo, 2004

Dogru X França

Processo 27058/05 Strasburgo, 2008

Os casos Leyla Sahin X Turquia e Dogru X França despertam para a problemática do uso de véu nos estabelecimentos públicos e para as questões referentes à secularização, laicidade e segurança em confronto com a liberdade religiosa.

O primeiro caso, utilizado como paradigma no segundo julgamento, tem como discussão o uso de véu – símbolo islâmico – em instituições religiosas, com sucessivas punições das instituições de ensino.

Em ambos os casos, o princípio da secularização e, portanto a pluralidade, norteia as regras básicas do Estado. Na Turquia, o princípio da secularização vem estabelecido em no art. 2º da Constituição⁵. Na França, o princípio da secularização vem da tradição estabelecida a partir de 1789, com a Declaração dos direitos do homem e do cidadão⁶ e sucessivas legislações que propagam o reconhecimento do pluralismo religioso e a neutralidade do Estado frente aos seus súditos, na educação pública, livre e secular⁷.

O art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos garante a liberdade de consciência e de religião, podendo haver restrições desde que previstas na lei e que constituam disposições necessárias numa “*sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem*”.

O Tribunal, buscando uma fundamentação para justificativa da decisão, assinala para reconhecer e reafirmar a liberdade de religião como “*uma questão de consciência individual, que implica a liberdade de manifestar a própria religião, sozinho, em privado ou coletivamente, em público e dentro do círculo daqueles cuja fé se partilha*” (Leyla Shain §§ 105 e 212). Mas, o próprio Tribunal assinala que o art. 9º “*não protege todos os atos motivados ou inspirados por uma religião ou crença e nem sempre garante o direito de se comportar de uma maneira governada por uma crença religiosa*”.

Para solucionar o empate e realizar a harmonia entre a liberdade de religião e a restrição prevista no art. 9º, o Tribunal verifica se a restrição baseada no princípio da secularização e é necessária numa sociedade democrática. A partir de argumentos com base em certo senso e em princípios como a pluralidade, o Tribunal considera que a sociedade democrática pressupõe:

- a) Várias religiões coexistindo, fato que, para conciliação desses interesses, pode ensejar limitações.
- b) O Estado como ente neutro e imparcial para organizar e garantir as várias religiões. *Leyla Sahin*, citado acima, § 107.
- c) Igualdade de gênero.
- d) O pluralismo se baseia no diálogo e no espírito de compromisso, o que envolve concessões mútuas (Dogru X França § 62).
- e) A importância da neutralidade e da secularização na escola em países como a Turquia e França (Dogru X França § 67 e 72).
- f) As questões que envolvem o Estado e as religiões podem ter diferenças profundas em uma sociedade democrática e na Europa cada Estado pode ter uma abordagem da questão em razão das tradições nacionais e até mesmo da manutenção da ordem pública, portanto, deve ser considerada importante a decisão do Estado (Dogru X França § 63 e *Leyla Sahin* §§ 108-109).

⁵ “*A República da Turquia é um Estado democrático, secular (laik) e social baseado no estado de direito que respeita os direitos humanos num espírito de paz social, solidariedade e justiça nacional, adere ao nacionalismo de Atatürk e é apoiado pelos princípios fundamentais estabelecidos no Preâmbulo*” (tradução livre).

⁶ “*Art. 10º. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei*”.

⁷ Veja: Lei de 9 de dezembro de 1905, lei que separa a igreja do Estado. Preâmbulo da Constituição e art. 1º da Constituição.

Em um segundo momento, após estabelecer como premissa que o Estado pode limitar o uso de algum acessório em razão da segurança ou mesmo para proteger a saúde ou direitos e liberdades de outros, o Tribunal analisou a restrição de uso de véu para defesa da segurança como algo possível.

O Tribunal registrou que a própria secularização, no caso específico da Turquia⁸, foi o que garantiu os valores democráticos e a própria inviolabilidade da liberdade religiosa e igualdade (*Leyla Sahin* § 114).

Por fim, após levantar todos os argumentos, o Tribunal considera que em ambos os casos a proibição do uso do véu não fere a liberdade de religião prevista no art. 9º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

4.2.2 Vida Privada X Autonomia Religiosa

Fernandez Martinez X Espanha

Processo nº 56030/07

Strasburgo, 2014

No caso Fernandez Martinez X Espanha, o que aparece em cena é a liberdade religiosa no contexto da autonomia das organizações religiosas em impor suas regras. O caso versa sobre um professor de moral católica em Instituto Público.

O contrato de trabalho era baseado em acordo firmado em 1978 entre a Espanha e a Santa Sé. O contrato era de renovação anual e automática, salvo por razões acadêmicas e disciplinares. O professor, ex-padre, casado e pai de 5 filhos foi acusado pela igreja de expor a sua situação em público, e portanto, não teve o contrato renovado.

Em sua decisão o Tribunal chama atenção que, a fim de pronunciar-se sobre dois direitos protegidos pela Convenção, utilizou da ponderação⁹ dos interesses em jogo. A ponderação foi realizada entre o direito de Fernandez Martinez a uma vida privada e familiar e o direito de autonomia das organizações religiosas.

Ainda, utilizando a técnica da ponderação o Tribunal vai responder se a ingerência realizada pelo Estado era “necessária em uma sociedade democrática” a fim de alcançar o fim legítimo (uma necessidade imperiosa) foi proporcional ao objetivo legítimo perseguido e aos motivos invocados pelas autoridades.

Para tanto, o Tribunal lança os seguintes argumentos:

⁸ Na Turquia a abolição do califado ocorreu em 1924.

⁹ “*La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad, a considerarla prohibida. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida”.* RODRIGUEZ, Manuel Atienza. A vueltas con la ponderación. *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, n. 1, 2010.

1. Que as autoridades nacionais têm certa margem de apreciação para realizar ingerências, porém a margem é variável, dependendo dos fatores, como a natureza do direito em jogo. A margem é mais restrita quando há direito fundamental do indivíduo.
2. Do direito à vida privada e familiar se sublinha, “a importância para os indivíduos do poder de decidir livremente sobre a maneira como entendem que deve ser a sua vida privada e familiar – art. 8º da Convenção. (Fernandez Martinez X Espanha § 126).
3. O direito à liberdade religiosa pressupõe que a comunidade religiosa pode funcionar sem a ingerência arbitrária do Estado. A autonomia é indispensável para o pluralismo em uma sociedade democrática, gozando da proteção do art. 9º da Convenção.
4. Em decorrência da autonomia, o art. 9º não garante o direito à dissidência, a liberdade religiosa do indivíduo é garantida pelo direito de não permanência. A organização pode estabelecer sua regra para evitar dissidência e perigo à sua coesão, imagem e unidade. O Estado não pode obrigar uma comunidade a admitir ou excluir uma pessoa. (Sviato-Mykahailivska Parafiya X Ucrania § 146). Da autonomia deriva a exigência das comunidades de certo grau de lealdade das pessoas que trabalham para elas e as representam (Fernandez Martinez X Espanha § 131).
5. Para a comunidade religiosa fazer qualquer ingerência no direito à vida privada, é necessário provar e demonstrar que há um risco provável e sério à sua autonomia e que a ingerência não vai além do necessário para garantia de sua autonomia.

O Tribunal, após estabelecer as premissas a ser utilizadas, fez a aplicação ao caso concreto, considerando o *status* do demandante, a publicidade dada por ele à sua situação de sacerdote casado, sua militância em movimentos contrários à doutrina da igreja e a sua condição de professor de religião da instituição religiosa, à condição de empregado do Estado, à severidade da sanção, ao controle exercido pela jurisdição interna.

Na aplicação de suas premissas ao caso concreto, o Tribunal considera de forma essencial o fato de o demandante ser professor de religião católica e o seu dever de lealdade, considerando que não havia violação do art. 8º da Convenção (direito à vida privada e familiar).

4.3 Os Critérios Objetivos e Passíveis de Controle

A forma como a Corte Europeia de Direitos Humanos estabelece seus julgados condiz, em muitos casos, com técnicas utilizadas pelos Tribunais Constitucionais dos Estados democráticos quando dos julgamentos dos chamados direitos constitucionais.

A busca de uma decisão adequada, por meio de um procedimento racional e controlável, e, criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídica, ao invés de simples decisão por decisão¹⁰, norteia teorias que tentam equilibrar os valores existentes nos direitos humanos e/ou fundamentais, e, ao mesmo tempo, procuram achar uma objetividade.

¹⁰ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 8.

Em suas decisões, a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza critérios como a ponderação para solucionar questões que envolvem dois interesses em jogo que estão garantidos na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Na ponderação entre dois direitos garantidos¹¹ e em aparente conflito aplica-se o princípio da proporcionalidade¹².

Como a ponderação pressupõe uma valoração, a objetivação da valoração aparece como um problema insolúvel. Para muitos críticos, não é possível valorar a partir de critérios objetivos, porque a razão não pode estabelecer fins e valores de caráter objetivo, o que está em jogo seria a tentativa de uma justificação¹³, acarretando uma aparente objetividade de decisões. Mas, na verdade, o que reinaria é o casuísmo, a politização e ideologização dos Tribunais¹⁴.

Das decisões do Tribunal sobre liberdade religiosa verifica-se a existência de certas regras postas; fruto de decisões pretéritas e construídas a partir de problemas se estabelecem algumas regras que podem ser utilizadas como *topos* em casos futuros.

São exemplos subtraídos dos casos paradigmáticos objeto de estudo:

- a) Que em assuntos sobre liberdade religiosa, deve ser considerada a decisão do Estado, dando uma margem de decisão, em razão da história e da cultura de cada soberania.
- b) Que a autonomia das entidades religiosas é indispensável para o pluralismo e, portanto, para o conceito de sociedade democrática.

O que pode ser verificado é a existência de regras fragmentadas extraídas de casos específicos e que por serem abertas orientam casos futuros. O conjunto de decisões segue uma ideia de racionalidade, porque mantém, em certo sentido, um grau de coerência, com uma pretensão de se universalizar¹⁵.

As soluções não ficam adstritas à solução de um caso específico, mas são pautas, *topos* para casos soluções futuras, que podem ser revistas a partir de novos problemas. Do ponto de vista racional, elas podem ser confrontadas, criticadas e modificadas. Os critérios e argumentos utilizados, apesar de abertos e flexíveis, existem, o que faz ser possível o controle, embora seja difícil a objetivação dos mesmos.

6 CONCLUSÃO

Hoje, mais do que nunca, a convergência e divergência da cultura dos Direitos Humanos e a cultura religiosa, no mundo globalizado, reclamam por interpretação. A atenção à novas estratégias de teorias de decisão adequadas sobre a liberdade religiosa, devem estar atentas às questões ocasionais de intolerância e discrimina-

¹¹ Ponderação de direitos justos, equitativos e proporcionais.

¹² Para Robert Alexy se tem o princípio de proporcionalidade possui três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade em sentido estrito tem 3 elementos: a lei da ponderação, a fórmula do peso e as cargas da argumentação. *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

¹³ CALO MAIZA, Diego. De reglas y principios (o el juego de la justificación). *Revista Spes*. UBA, n. 23, 2010.

¹⁴ JUAN A., García Amado. *Un debate sobre ponderación*. Lima: Temis, 2012.

¹⁵ RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. A vueltas con la ponderación. *La Razón del Derecho*. *Revista Interdisciplinária de Ciências Jurídicas*, n. 1, 2010.

ção. O poder assimétrico das relações religiosas é acentuado pelo desenvolvimento econômico capitalista que orienta o paradigma dos Direitos Humanos.

- A dicotomia entre o coletivo versus o direito individual, é um dos grandes problemas a ser considerado no estudo do direito de liberdade religiosa, bem como no direito das minorias. A liberdade de escolha, por exemplo, é importante para a mulher no sistema religioso. Frequentemente, conflitos surgem entre religião, moral, costumes e normas internacionais de direitos humanos, sobre igualdade e liberdade em matérias de vestuário, casamento, divórcio, herança etc., chegando mesmo a ocorrerem mutilações genitais femininas em certos países.
- A intolerância não é um fenômeno brasileiro. Ela cresce de modo assustador no mundo inteiro. Em geral seu caráter é excludente, buscando eliminar o diferente. Os tolerantes seguros de suas convicções não temem o outro. A religião, nos convida a reatar as relações de fraternidade e solidariedade. Já os Direitos Humanos são precisamente expressão deste princípio geral de inclusão com aspirações e reivindicações para a constituição da pessoa individual na sociedade. Ao garantir a inclusão como participação nos diversos âmbitos, possibilitam a subsistência da sociedade como sociedade funcionalmente diferenciada. Em seu sentido jurídico estrito, os Direitos Humanos podem ser concebidos como limite da política e como possibilidade de dissenso frente às exclusões provocadas pela atividade ou inatividade do sistema e do Estado.

Os documentos internacionais que pactuam e positivam o rol de direitos humanos têm colocado a liberdade de religião como parte integrante do conjunto de direitos que formam a base para a vida do homem no mundo, independentemente, de sua cidadania.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, após a segunda guerra mundial, em seu preâmbulo declara *“considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum”*.

O preâmbulo da declaração traz a concepção geral da mesma e alicerça o desenho dos direitos humanos que a mesma produz. O preâmbulo declara 4 liberdades, as mesmas anunciadas pelo presidente dos EUA Franklin D. Roosevelt em 1941, dentre elas, está a liberdade de religião.

Do ponto de vista pessoal, a religião, crença ou convicção, constituem um elemento básico da concepção de vida¹⁶. Já dentro de um enfoque trazido por uma teoria da sociedade, a religião possui a função de dar sentido¹⁷, forçando certa seleção de comunicações e expectativas¹⁸.

¹⁶ PINTO, Monica. **La libertad religiosa**. Acesso em: 21 jun. 2018.

¹⁷ A função do sentido é dar entrada a todos os temas possíveis da comunicação. O sentido coloca todos os tópicos concretos em um horizonte de possibilidades ulteriores e finalmente em um mundo de todas as possibilidades. LUHMANN, N. Society, Meaning, Religion: Based on Self-Reference. **Sociological Analysis**, v. 46, n. 1, 5-20, 1985.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **A religião da sociedade**. Madrid: Trota, 2007. p. 9-40.

A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* traz a convergência de garantir a liberdade religiosa para todos os povos daquela comunidade, mas, as divergências das culturas de Direitos Humanos e a cultura religiosa, apresenta para a Corte Europeia de Direitos Humanos a cada momento um novo problema.

A partir de um típico raciocínio orientado pela tópica, a Corte Europeia vai construído decisões, em busca de que as mesmas sejam razoáveis, fundamentadas e passíveis de controle. Suas decisões formam verdadeiras “formulas/regras” extraídas de problemas e que orientam casos futuros.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- AMADO Juan A. García. **Un debate sobre ponderación**. Lima: Temis, 2012.
- ATIENZA Rodríguez, Manuel. A vueltas com la ponderación. La Razón del Derecho. **Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas**, n. 1, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campos, 2000.
- _____. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 2002.
- _____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- CALO MAIZA, DIEGO. De reglas y principios (o el juego de la justificación). **Revista Spes**. UBA, n. 23, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Freedow’s Law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- _____. **Justice in Robes**. Cambridge, USA: Havard University Free, 2010.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **O Direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: ein Betrag zur politischen Soziologie**. Berlin: Duncer und Humblot, 1974.
- LUHMANN, Niklas. **A religião da sociedade**. Madrid: Trota, 2007. p. 9-40.
- PINTO, Monica. **La libertad religiosa**. Acesso em: 21 jun. 2018.
- PASSOS, João Décio; USARSKI, Frank (Orgs.). **Compêndio de Ciência da Religião**. São Paulo: Paulinas, Paulus, 2013.
- PASSOS, João Décio. **As Reformas da Igreja Católica: posturas e processos de mudança em curso**. Petrópolis. RJ: Vozes, 2018.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene (Orgs.). **Limites do Direito. Decisões contra Legem. Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma**. Curitiba: Juruá, 2016.
- _____. **O Tribunal do Futuro e o Futuro dos tribunais**. Curitiba: Appris, 2017.
- SANCHEZ, Wagner Lopes. **Pluralismo Religioso. As religiões no mundo atual**. São Paulo: Paulinas, 2010.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Contemporânea, 1979.