

O PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE E CRÍTICA AO DIREITO: UM ESTUDO SOBRE A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves

Mestre em Direito Internacional – PUC Minas – Minas Gerais - Brasil

e-mail: apbaetan@gmail.com

Recebido em: 30/09/2015

Aprovado em: 14/10/2015

RESUMO

Este artigo tem como objetivo a análise da liberdade de consciência, investigando-se o seu âmbito de proteção, o que esta liberdade compreende e outros elementos correlatos cuja análise é pressuposto para a compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito. Busca-se, assim, reinterpretar esta liberdade com base nos preceitos do princípio da diversidade, ampliando o seu alcance na tentativa de dar maior efetividade na garantia dos direitos fundamentais dos excluídos em sentido genérico. Portanto, a partir da investigação da liberdade de consciência, questiona-se o mito da modernidade que ainda tem impedido o acesso ao direito de parcela significativa da humanidade, sacrificada em nome da racionalidade. Para tanto, o trabalho é dividido em duas partes. A primeira estuda a teoria geral dos direitos fundamentais em seus elementos essenciais. A segunda, por sua vez, trata especificamente da liberdade de consciência tecendo críticas a este direito com base nas teorias descolonialistas.

Palavras-chave: Liberdade de consciência. Princípio da diversidade. Constitucionalização do direito.

THE DIVERSITY PRINCIPLE AND THE CRITICISM TO THE LAW: A RESEARCH ABOUT THE FREEDOM OF CONSCIENCE

ABSTRACT

This article aims to analyse the freedom of conscience, investigating its scope of protection, what this freedom covers and other related elements whose analysis is prerequisite for understand the constitutionalisation of law phenomenon. Thus, is seeks reinterpret this freedom based on precepts of the diversity principle, expanding its scope in an attempt to afford greater effectiveness ensuring the fundamental rights of those excluded as a generic term. Therefore, from the research of the freedom of conscience it is questioned the modernity myth that still has impeded the access to the rights of a significant part of humanity, sacrificed in the name of rationality. To this end, this work is divided into two parts. The first one examines the general theory of fundamental rights in its essential elements. The second, in

turn, works specifically with the freedom of conscience criticizing this right based on decolonialists theories.

Keywords: Freedom of conscience. Diversity principle. Constitutionalization of Law.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho é um esboço crítico ao fenômeno da constitucionalização do direito partindo-se da premissa do pluralismo jurídico e do princípio da diversidade. É influente nesta investigação o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, de modo que, a crítica aqui desenvolvida tem como fundamento, sobretudo, as teorias descoloniais.

Nesse sentido, parte-se da investigação indutiva do direito fundamental à liberdade de consciência – tanto pela sua importância prática, quanto pela sua larga história dentro do rol de direitos fundamentais – questionando-se o âmbito de proteção desse direito.

Especificamente, tem-se o intuito de contribuir com o desenvolvimento dos direitos fundamentais e no movimento de constitucionalização do direito. Ao atribuir a estes direitos o caráter da historicidade, conseqüentemente, atribuem-se novas leituras à liberdade de consciência, quando interpretado a partir do princípio da diversidade.

Se por um lado, este trabalho, mesmo que de forma ínfima, tende a elucidar sobre os aspectos formadores e pertinentes à liberdade de consciência, por outro, de forma razoavelmente mais audaciosa, questiona o desenvolvimento do corpo dos direitos fundamentais, quando analisados sob uma perspectiva pluralista.

O problema a que esta pesquisa se dedica a investigar se desdobra da seguinte maneira: preliminarmente, há de questionar as afirmações que consideram os direitos individuais como prontos e exauridos; em seguida, trata-se de, ao negar o caráter de completude da liberdade de consciência, sugerir quais elementos devem ser observados ao atender o objetivo, tanto de constitucionalização do direito, quanto de ampliação da perspectiva democrática em diversos aspectos.

Busca-se, assim, não somente definir o mais amplo rol de titulares da liberdade de consciência e dos direitos fundamentais em geral, mas, além disso, ampliar o objeto tutelado, e exigir a contemplação de novos direitos para que, até mesmo aqueles já, tradicionalmente, consagrados, possuam maior abrangência e efetividade na realidade. Com isso, quer-se dizer que o exercício dos direitos fundamentais como a liberdade de consciência, depende, não

somente, da positivação de tais direitos, mas demanda a prestação de políticas públicas que, no contexto dos chamados países periféricos, perpassam pela ideia de diminuição das desigualdades, do aumento da participação política popular e do respeito à diversidade.

Para tanto, o artigo é dividido em dois blocos. O primeiro trata da teoria geral dos direitos fundamentais, utilizando-se de constitucionalistas para revelar o atual estado da arte sobre o assunto, mas, mais ainda, para enfatizar as características relativas aos direitos fundamentais que os constituem como produto de lutas sociais. Tem a intenção, também, de desmistificar as teorias naturalistas que revestem os direitos fundamentais como dados prontos e imutáveis.

A segunda parte é reservada, propriamente, à liberdade de consciência, em primeiro lugar, no estudo deste direito fundamental em sua especificidade, e, em seguida, em tons conclusivos, tece-se a crítica a esse direito, a partir do princípio da diversidade, sobretudo, embasando-se nas teorias descoloniais.

Finalmente, de forma breve, são tecidas as considerações finais.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito em sua atualidade, isto é, no desenvolvimento do início do séc. XXI tem passado pelo fenômeno de constitucionalização. Quer-se dizer, do Direito Civil ao Direito Internacional Público, do Direito Administrativo ao Direito Penal, o Direito Constitucional tem se infiltrado, alterando, senão o conteúdo, a maneira de interpretação e de construção do direito em sentido genérico.

Tem-se, portanto, a irradiação de efeitos amplos das normas, princípios e valores constitucionais nos diversos ramos do direito, fomentando um debate interdisciplinar capaz de, não raras vezes, retornar a discussão sobre temas que, em sua especificidade, anteriormente, eram considerados pacificados e há muito consolidados.

Nessa perspectiva, a principal demanda pela constitucionalização do direito encontra-se atrelada à irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais em todo ordenamento jurídico. Por essa razão, entende-se que um estudo sobre a teoria geral dos direitos fundamentais é de suma importância na pretensão de se estudar o fenômeno da constitucionalização do direito.

Assim, o que se busca fazer, brevemente, é expor as principais características, a natureza, as perspectivas históricas de seu desenvolvimento, a terminologia adotada, enfim, as diversas relações e funcionalidades que constituem os direitos fundamentais conforme atualmente concebidos.

Deve-se atentar, todavia, que pela própria extensão do tópico abordado e da exigência de uma limitação científica que seja capaz de atender os objetivos deste trabalho. Opta-se por restringir tanto quanto possível esta investigação a fim de, apenas, relacionar a teoria geral dos direitos fundamentais aos principais temas que aqui são desenvolvidos, quais sejam, o desenvolvimento da liberdade de consciência em relação ao princípio da diversidade.

2.1 Terminologia: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

A terminologia mais usual para designar os direitos básicos expressos nas Constituições tem sido a de “Direitos Fundamentais”. No entanto, outras expressões como “direitos do homem”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, dentre outras, em corriqueiras situações, assumem-se como sinônimas de direitos fundamentais.

Para Sarlet (2015) há a necessidade em se estabelecer uma terminologia única e adequada para se referir a esses direitos. Nesse sentido, advoga que a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é evidente quando se adota um critério adequado e determinado para tanto.

Esse critério, por sua vez, corresponde ao instrumento pelo qual tais direitos são instituídos, ou seja, tratar-se-á de direitos fundamentais, segundo Sarlet (2015) quando se referir a direitos estabelecidos pela própria Constituição, até então, de determinado Estado, enquanto, os direitos humanos são os direitos reconhecidos em documentos de direito internacional.

Em suma, Sarlet (2015, p. 299) designa como direitos humanos aqueles direitos da pessoa humana, “reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal”, enquanto os direitos fundamentais são “aqueles direitos [...] reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional”.

Se, por um lado, a justificativa esboçada por Sarlet (2015) guarda relevante coerência, por outro, os conceitos, ao se adotar o critério do conteúdo desses direitos, demonstram-se assaz fluidos.

São várias as razões que corroboram com essa afirmação. Uma delas, diz respeito ao próprio desenvolvimento desses direitos, que ocorre, concomitantemente, na formulação das normas de Direito Internacional e de Direito Interno. Daí que é possível notar a semelhança entre as redações de tratados internacionais de direitos humanos e constituições nacionais de diversos países.

É o que ocorre, a título exemplificativo, com a liberdade de consciência, sempre atrelada ao direito de expressão religiosa ou liberdade de crença, nos textos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88), no artigo 5º, inciso VI, na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (DUDH), no artigo 18, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também no seu artigo 18, muito semelhante ao artigo 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Se, por outra via, o critério adotado for o dos efeitos produzidos pelas normas em questão, a distinção torna-se, igualmente, árdua. A despeito das possibilidades de provocação de tribunais internacionais na defesa desses direitos, os efeitos oriundos de tratados internacionais de direitos humanos na esfera interna dos Estados acabam por se confundir.

No Brasil, o parágrafo 3º, do artigo 5º da CRFB/88 dispense força constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria qualificada, como ocorre com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional.

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º, tem-se entendido que a sua natureza normativa é infraconstitucional, mas supralegal.

Na Constituição Argentina, de 1995, por sua vez, o artigo 75, item 22 atribui aos tratados de direitos humanos ali descritos o caráter constitucional, complementando os direitos e garantias elencados pela própria Constituição. Portanto, os mesmos direitos seriam, simultaneamente, direitos fundamentais e direitos humanos.

Enfim, chama-se atenção ainda para os efeitos produzidos pela constitucionalização do Direito Internacional e, especialmente, pelo fenômeno da interconstitucionalidade, isto é, embora o projeto de promulgação da Constituição Europeia tenha restado infrutífero, e, outros modelos de integração cujo desenvolvimento tenha a capacidade de culminar na elaboração de Constituição sejam ainda incipientes, deve-se admitir que a constitucionalização do Direito Internacional tem-se mostrado cada vez mais sólida.

Nessa toada, ao se considerar que há uma tendência no avanço do fenômeno da interconstitucionalidade, será exigido do próprio conceito de direitos fundamentais, ligado estritamente à Constituição estatal, uma reformulação. Aliás, como leciona Canotilho (2008) a teoria da interconstitucionalidade serve para estudar tanto as relações de constitucionalismo em multilevel, ou seja, a concorrência, a convergência, a justaposição e os conflitos de várias constituições quanto dos poderes constituintes no mesmo espaço político.

Assim, o que passa a ser preponderante para a definição se determinado direito é considerado fundamental ou direito humano não será mais o âmbito de sua promulgação, mas a forma pela qual foi instituído o instrumento que o prevê.

Se ainda assim, sustenta-se que o fenômeno da interconstitucionalidade apresenta-se demasiado distante, é necessário apontar que os próprios direitos humanos no âmbito internacional, em certo sentido, possuem caráter constitucional.

Como assevera Schmitt (2011), a Constituição possui um duplo significado, o primeiro, refere-se à própria organização política, à ordenação social de determinado Estado, enquanto o segundo diz respeito ao caráter de norma suprema, como norma fundamental.

É quanto ao segundo significado que se consideram os direitos humanos, bem como outras normas de Direito Internacional, como possuindo caráter constitucional. Em outros dizeres, trata-se da sustentação do caráter de direito cogente que possuem os direitos humanos, de modo a revelarem natureza de norma suprema no âmbito internacional.

Insta, finalmente, mencionar ser próprio do tratado constitutivo de Organizações Internacionais, cujas características necessárias perpassam pela existência de estrutura própria, caráter permanente, aparato burocrático com servidores e orçamento específicos, conforme atestam Herz e Hoffman (2004), a previsão de organização política concernente àquele âmbito de cooperação, institucionalizado pela criação da Organização Internacional. Portanto, ao se considerar que determinada Organização Internacional corresponde a uma unidade política existente, de modo que os tratados firmados no seio dessa Organização versem, conjunta ou separadamente, sobre direitos humanos e a forma de ordenação desta unidade política supranacional, há demasiadas características que confundem os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Desse modo, considera-se que, ao se partir da perspectiva da ordem jurídica internacional, as distinções entre direitos humanos e direitos fundamentais tornam-se cada vez mais fluidas. No que diz respeito, especificamente, à liberdade de consciência, trata-se tanto de direito fundamental quanto de direito humano.

2.2 As Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos humanos muitas vezes são classificados como pré-estatais, de modo que, a justificativa primeira dos direitos fundamentais tem sido a de que se trata de direitos naturais, apenas reconhecidos pela legislação constitucional.

Em oposição a essa justificativa, sustenta-se a característica da historicidade dos direitos fundamentais. Na acepção de Magalhães (2008, p. 31) “não pode haver, em uma perspectiva democrática, a aceitação de direitos naturais, superiores ou anteriores ao estado”, pois essa fundamentação parte de um pressuposto falso, de que a natureza é imutável e de que, de alguma forma, poderia ser, objetivamente, fora do nosso universo de sentido.

Assevera, ainda, Magalhães (2008) que a única forma possível de se compreender a natureza é a partir do próprio ser que a interpreta, o ser histórico, datado e que compartilha, senão todos, certamente preponderantes valores de uma época e lugar determinados. Logo, a construção da ideia, do sentido e do sentimento dos direitos fundamentais, como a liberdade, é histórica e variável conforme o tempo e o lugar.

Nessa toada, Magalhães (2008, p. 31) adverte que “a naturalização é mecanismo ideológico importante no encobrimento do real, na distorção proposital dos fatos com fins de encobrir os reais interesses e jogos de poder escondidos dos olhos da maioria”. Portanto, a historicidade é característica dos direitos fundamentais.

A segunda característica dos direitos fundamentais corresponde à relatividade, ou seja, mesmo com a importância que possuem esses direitos, eles não são absolutos, sendo o caso de haver ponderação quando há conflito entre eles. Ademais, há de se antecipar que os direitos fundamentais podem sofrer limitações e restrições, o que será, aqui, demonstrado mais à frente. De todo modo, deve-se perceber que os direitos fundamentais são relativos.

A característica seguinte concerne, geralmente, à imprescritibilidade dos direitos fundamentais. Isto é, esses direitos, pela regra geral, não prescrevem, significa dizer que os direitos fundamentais não caducam pela passagem do tempo. Essa característica, todavia, não é absoluta, pois, o direito à propriedade, por exemplo, pode ser perdida a título de usucapião.

Os direitos fundamentais são ainda indisponíveis e inalienáveis. Importa dizer, assim, que esses direitos, em regra, não podem ser renunciados ou transferidos.

Uma das características mais importantes na argumentação deste trabalho concerne à indivisibilidade dos direitos fundamentais. Esses direitos, destarte, não podem ser analisados ou respeitados pontualmente, de maneira isolada. Aliás, pelo que se defende aqui, os direitos fundamentais, a fim de que seus efeitos sejam de fato eficazes, necessitam estar coordenados, de modo que, por exemplo, o exercício dos chamados direitos sociais capacitem a aplicabilidade dos direitos individuais e assim por diante.

Por fim, destaca-se que, pela redação do parágrafo 1º do artigo 5º da CRFB/88 os direitos fundamentais têm reconhecida a imediata aplicabilidade.

2.3 A perspectiva histórico-evolutiva dos Direitos Fundamentais e as chamadas gerações de Direito

A luta pelo reconhecimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e, em consequência, pela defesa desses direitos tem sido árdua. Ressalta Cançado Trindade (2003) que são várias as regiões, em distintas épocas, onde e quando se é possível destacar noções que contribuíram para a construção dos citados direitos nos moldes modernos, embora na maioria dos casos, acentue-se somente a história, pretensamente, europeia.

Remontam à antiguidade algumas das primeiras ideias reconhecidas basilares à formação de indagações que contribuíram para o que atualmente são os direitos humanos. Desse contexto, destacam-se a escola estoica, poetas e filósofos como Hesíodo, Heráclito, Aristóteles, Platão, Panécio e Cícero, cujas contribuições influíram na elucidação sobre as fontes das leis e do próprio direito (MAGALHÃES, 2008).

Essas questões, talvez, aparentemente, de menor importância, implicam, na verdade, na natureza e na função do direito. Nessa perspectiva, inaugura-se a discussão sobre a legitimidade do direito, sobre a influência da moral na legislatura e sobre em quais termos são construídas as relações permanentes entre povo e direito.

Na Idade Média, o pensamento cristão e alguns movimentos a ele ligados influíram na evolução dos direitos naturais, destacando-se as contribuições, sobretudo, de Santo Agostinho e Tomás de Aquino.

Até aqui, grande parte das justificações sobre o direito relacionavam-se, de um modo ou outro, ao direito natural, isto é, o pensamento cristão, herdeiro das ideias advindas da escola estoica e da Jurídica Romana, indicava a existência de um direito natural absoluto, cuja compreensão nunca seria completa por parte dos humanos, e do direito natural relativo, consistindo em um sistema de princípios jurídicos possível à natureza humana.

Das principais consequências dessas ideologias, Magalhães (2008) destaca a contradição existente entre a proposição jurídica e a realidade, de modo que, grande parte do povo possuía escassos direitos, para não falar das graves violações sofridas (mesmo naquele contexto).

É a partir da promulgação da Magna Carta, em 1215, na Inglaterra, além das transformações ocorridas em consequência da Reforma, da Contrarreforma e, talvez, principalmente, da evolução da imprensa, com base nas tecnologias desenvolvidas por Gutemberg, que a perspectiva teórica do direito sofre significativa alteração.

Aliás, marco dessa transição é o Iluminismo, indicando que todas as coisas deveriam ser explicadas e fundamentadas pela razão. Assim, o direito e o poder estatal, até então justificados por teorias naturalistas ou divinas, passa a ser explicado pela razão e justificado pela força da vontade popular. Quanto aos direitos naturais, estes se transformam em “produto da razão” (MAGALHÃES, 2008).

Nessa conjuntura, são ainda mais expressivas as conquistas que redundaram nos direitos humanos. Filósofos como Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Bento de Spinoza, Jean-Jacques Rousseau e John Locke elaboraram pensamentos importantes nesse processo da garantia formal dos direitos humanos.

Grotius e Hobbes, segundo Magalhães (2008), emanaram pensamentos muito próximos, indicando que a explicação de tudo poderia ser encontrada nos próprios homens e na razão.

Não obstante, toda crítica dirigida ao jusnaturalismo ou jusracionalismo, Magalhães (2008) enfatiza a importância da contribuição dos referidos pensadores na construção das garantias formais dos direitos humanos.

De todo exposto, o que importa mencionar é que mesmo a recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico, sobretudo, como direito fundamental, exigiu um largo processo com vastas participações e superações. Aparentemente, há atenção em afirmar que, por todo o caminho percorrido, tudo ou quase tudo já foi conquistado no âmbito dos direitos humanos. Todavia, é necessário advertir para a análise da realidade, principalmente, daquela chamada periférica, para se verificar que, enquanto o leque de direitos aumentou, consideravelmente, muitos outros direitos ainda devem ser conquistados, e até mesmo sobre o que já está consolidado, há muito a fazer.

Em continuidade, diz-se que, sob influência do Iluminismo, foi declarada a independência dos Estados Unidos da América do Norte. Na *English Bill of Rights*¹, de 1689, há, expressamente, proteção quanto à liberdade de expressão, à proibição de penas cruéis, à garantia do direito à vida, e quanto à inviolabilidade de direitos, liberdades e sobre a religião.

Igualmente importante, destaca-se, tendo em vista a Independência estadunidense, a própria Declaração de Independência do referido país, e a correspondente Constituição, de 1787, principalmente, após as emendas² de 1789. Logo na primeira emenda, é garantido o livre exercício religioso, proibindo qualquer legislação contrária ao gozo desse direito,

¹*English Bill of Rights*, de 1689. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp>. Acesso em: 30 set. 2015.

²*Bill of Rights*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 30 set. 2015.

estabelecendo, ainda, a liberdade de expressão, o direito de petição e de livre associação. Ademais, decorrem dessas emendas o direito à propriedade privada, ao devido processo legal e a proibição à aplicação de penas cruéis.

É também de notável expressão a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³, de 1789, firmada na França. O artigo 10 dessa Declaração prevê a liberdade em manifestar as opiniões, inclusive religiosas, desde que não perturbem a ordem pública. Por conseguinte, o artigo 11 estabelece que a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais valiosos do homem, não podendo, portanto, ser cerceado.

Entretanto, apesar dos referidos avanços característicos do liberalismo, não foi suficiente a letra formal de garantia aos direitos individuais. O Estado Liberal, marcado pelo individualismo, pelo apreço à propriedade privada e pela omissão ante aos problemas econômicos, culmina no capitalismo desenfreado, originando, ainda, piores prejuízos sociais (MAGALHÃES, 2008).

Por consequência sócio-histórica – certamente não de forma imediata e sem resistências – inaugura-se o Estado Social, tendo como propulsoras a Constituição Mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919. Com a grande crise de 1929, o Estado Liberal demonstra ainda maior fragilidade, dando espaço não somente ao liberalismo social, mas ao social fascismo (MAGALHÃES, 2008).

Após as imposições humilhantes da Primeira Guerra aos países vencidos, e sofrendo com enorme índice de desemprego, o Partido Social Nacionalista consegue grande adesão na Alemanha. Concomitantemente, o ultranacionalismo do fascismo na Itália também aumentava o seu prestígio entre os operários (MAGALHÃES, 2008).

As consequências desse momento histórico são atualmente bastante conhecidas.

Após a Segunda Guerra, já em 1947, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas dava início à constituição da Declaração Universal de Direitos Humanos. A Unesco levou aos principais pensadores da época, exames que continham problemas teóricos levantados na elaboração dessa Declaração. Contribuíram para a sua constituição, pensadores como Aldous Huxley, Teilhard de Chardin, Jacques Maritain, Edward Hallett Carr, Quincy Wright, Levi Carneiro, Jean Haesaert e Harold Laski (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Foram trazidas também considerações de Boris Tchechko, Chung-ShuLo, Mahatma Gandhi, S. V. Puntambekar e HumayunKabir. Todas as conclusões foram reunidas pela Comissão sobre Princípios Filosóficos dos Direitos Humanos em documento nominado

³*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 30 set. 2015.

“Bases de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos”, o intuito era comparar a elaboração dessa Declaração com as mais diversas filosofias adotadas pelo mundo, a fim de que a posterior Declaração não viesse de encontro a nenhum princípio. (CANÇADO TRINDADE, 2003). Ou seja, trata-se de legitimar-se universalmente.

Enfim, após a formulação da redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no biênio de 1947 e 1948, neste ano, a referida Declaração foi proclamada após a aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Importa reduzir, portanto, as chamadas gerações dos direitos. Adverte-se, contudo, que essa formulação não é evidente em si mesma, e tem suportado diversas críticas, principalmente, naquilo que concerne à inexistência de uma história linear, propondo que, na realidade, os fenômenos se sucedem tão perfeitamente como na apreensão lógica. Se por um lado essa crítica é cabível, por outro, sustenta-se que as gerações de direito têm, atualmente, efeito meramente pedagógico.

Desse modo, diz-se que os direitos de primeira geração se relacionam ao pensamento liberal burguês, cujas características principais envolvem o individualismo e demarcam a esfera de autonomia individual em face do Estado. Isto é, trata de garantir ao indivíduo a não intervenção estatal na esfera privada, em nome de direitos como à liberdade e à propriedade.

A segunda geração refere-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, clamando ao Estado não mais que evite interferir no âmbito individual, mas que promova os direitos sociais. Essa geração caracteriza-se, assim, principalmente por assegurar aos indivíduos direitos a prestações sociais, como saúde, educação, trabalho e assistência social. Também se encaixam nessa figura, as chamadas liberdades sociais, como a liberdade sindical e o direito à greve.

Enfim, a terceira dimensão toma como titular não mais o indivíduo, mas a coletividade humana. São direitos característicos dessa geração os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado e sustentável e o direito de comunicação. Nesse contexto, são chamados também de direitos de solidariedade, tendo em vista a sua titularidade metaindividual, que culmina por exigir solidariedade entre mais atores para que seja possível a efetivação de tais direitos.

2.4 A titularidade dos Direitos Fundamentais

A titularidade dos Direitos Fundamentais, por óbvio, diz respeito aos sujeitos desses direitos. Importa determinar, portanto, quem são os sujeitos ativos na relação desses direitos subjetivos.

Preliminarmente, ressalta Sarlet (2015) que, apesar de razoável confusão teórica, a titularidade dos direitos fundamentais é, seguramente, mais ampla que a capacidade jurídica regulada pelo Código Civil. Pondera, ainda, Sarlet (2015) que a titularidade dos direitos fundamentais não pode ser definida de forma geral e abstrata, como já é possível se depreender, de modo que se faz necessária a discriminação de qual direito fundamental, especificamente, se trata, e das circunstâncias do caso concreto para se determinar quem é o sujeito.

No que se refere, pois, propriamente ao Brasil, Sarlet (2015, p. 352) identifica na CRFB/88 a recepção do princípio da universalidade, implicando, assim, que “todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais”. Deve-se notar, entretanto, que, mesmo se tratando de direitos fundamentais vinculados ao princípio da universalidade, há direitos condicionados a certos elementos, denominados categorias, como, por exemplo, o direito dos trabalhadores, dos apenados, dos consumidores, dentre outros.

De todo modo, é notório que, no rastro do princípio da dignidade humana, consagrado na própria CRFB/88, são titulares dos direitos fundamentais as pessoas naturais, sejam nacionais ou estrangeiras, à exceção das próprias distinções constitucionais. Nesse sentido, os direitos políticos, sobretudo, são reservados aos nacionais, enquanto, por exemplo, o direito ao asilo político e a invocação da condição de refugiado e suas consequentes prerrogativas são direitos privativos dos estrangeiros.

Portanto, sem adentrar no aspecto da titularidade dos direitos fundamentais no caso do embrião humano e do nascituro, bem como nos casos de sujeitos desses direitos *post mortem*, em observância à pretensão universalista dos direitos fundamentais e direitos humanos, dá-se enorme amplitude a esses direitos de modo a abranger todas as pessoas físicas, desde que, quando condicionadas a determinado ordenamento jurídico ou categoria, tais condições sejam satisfeitas.

Finalmente, assevera-se que, embora a CRFB/88 não tenha feito menção expressa, diferentemente da Lei Fundamental da Alemanha e da Constituição da República Portuguesa de 1976, como aponta Sarlet (2015), as pessoas jurídicas também podem figurar como sujeito

de direitos fundamentais, condicionando apenas à compatibilidade da aplicabilidade desses direitos à sua natureza e características peculiares.

2.5 Destinatários dos Direitos Fundamentais

Segundo Sarlet (2015, p. 368) “destinatários dos direitos e garantias fundamentais são, em contraposição aos titulares, os sujeitos passivos da relação jurídica”, ou seja, são “as pessoas físicas ou jurídicas [...] que estão vinculadas pelas normas de direitos fundamentais”.

O primeiro destinatário dos direitos fundamentais – primeiro mais em aspecto simbólico que necessariamente histórico, mas, certamente relacionado aos direitos individuais – é o Poder Público estatal. Isto é, tendo em vista a concepção liberal dos direitos individuais, o Estado deveria abster-se (sentido negativo), e não intervir nas relações privadas, de modo a garantir aos indivíduos certa proteção de direitos em oposição ao Estado. Em termos mais atualizados, diz-se que o Estado deve também providenciar todos os meios para realizar os direitos fundamentais (sentido positivo).

Dentro dessa perspectiva, tanto em sentido negativo, quanto positivo, vinculam-se aos direitos fundamentais os diversos órgãos estatais, ou seja, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual de acordo com a especificidade de sua função. Em resumo, é possível afirmar que o Estado, referindo-se a quaisquer de seus órgãos, seja pela administração direta, seja pela indireta, em todas as suas formas de manifestação e atividades, vincula-se aos direitos fundamentais.

Todavia, dentro do movimento de constitucionalização do direito, tem-se em conta que não somente o Estado figura no polo passivo das relações que dizem respeito aos direitos fundamentais, mas também os particulares. Isto é, há a mudança do paradigma em que o Estado seria, por excelência, uma ameaça aos direitos fundamentais, e passa-se a observar a ameaça horizontal desses direitos.

Nessa senda, passam a configurar como destinatários dos direitos fundamentais os particulares e pessoas jurídicas de direito privado, como corporações e empresas do meio de comunicação, cuja influência é, significativamente, decisiva nas relações com os indivíduos (SILVA, 2011).

No plano teórico-filosófico, mais propriamente no que concerne ao pensamento foucaultiano, é possível comparar com a análise das relações de poder que superam a concepção monárquica soberana e revelam as diversas relações de poder capilarizadas no corpo social (FOUCAULT, 2012, 2014).

Sendo assim, se o Estado e as corporações são capazes de influir em grande escala nas relações sociais, também os indivíduos, ou seja, todos os particulares têm essa capacidade, pois “todos os indivíduos [...] estão sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer sua ação, nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão” (FOUCAULT, 2012, p. 284).

O que se discute no âmbito acadêmico e jurisprudencial brasileiro refere-se às hipóteses de vinculação direta (imediate) e indireta (mediata) dos particulares à norma de direito fundamental. A despeito da referida discussão, que aqui não terá maiores repercussões, importa dizer, conforme Sarlet (2015, p. 373) que, em todo caso, ao “aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição”.

Por todo exposto, confirma-se que os direitos fundamentais, essencialmente, estão em constante evolução, isto é, reinterpretações e novas aplicações, além da adesão de novos direitos são de suma importância a fim de que seja possível efetivar e garantir os direitos fundamentais nos termos mais amplamente democráticos e diversos possíveis.

2.6 Limites aos Direitos Fundamentais

Finalmente, nesse último tópico sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, trata-se dos limites a esses direitos. Segundo Sarlet (2015) todo direito fundamental possui um âmbito de proteção e estes direitos, ainda pela sua natureza, podem ser limitados ou restringidos. Daí que, a partir da dogmática germânica, apresenta-se o esquema de âmbito de proteção, limite aos direitos fundamentais e limites aos limites desses direitos.

Ainda, conforme Sarlet (2015, p. 376) “o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica”. Isto é, na concepção desse autor, o âmbito de proteção confunde-se com o bem jurídico protegido ou o objeto tutelado.

Por suposto, é válido lembrar que os direitos fundamentais, apesar da pretensão, não são absolutos, de modo que não configura desrespeito a esses direitos eventuais limites ou restrições.

Tanto é verdade o que acima se afirma, pois, no caso de colisão entre dois direitos fundamentais, a resolução do conflito perpassa pela relativização recíproca destes direitos, possibilitando a sua aplicação no caso concreto.

Nessa seara, há duas vertentes teóricas que justificam os limites aos direitos fundamentais: a teoria interna e a externa.

A primeira, na lição de Sarlet (2015) considera que os limites são imanentes aos próprios direitos fundamentais. Implica dizer que, na acepção da teoria interna, os direitos já passam a existir com o seu alcance definido, ou seja, são limites apriorísticos.

De maneira diversa, a teoria externa estabelece uma diferença entre os direitos fundamentais e as restrições que a ele, eventualmente, se apliquem. Em outros dizeres, há a definição suficientemente clara da existência de dois objetos, o primeiro: o direito, a princípio ilimitado; e o segundo, o direito restrito, definitivo e já limitado. Segundo essa concepção, nada impede a existência de direitos ilimitados, visto que a relação entre direito e restrição não é necessária. A limitação ocorrerá, portanto, quando no caso de colisão de direitos fundamentais.

Dá que, nas palavras de Sarlet (2015, p. 378) “as limitações impostas a estes direitos deverão observar [...] outros limites, que têm sido designados de limites dos limites”.

Nesse ponto, adverte-se que a maior dificuldade consiste na identificação do bem jurídico tutelado por determinada norma, isto é, definir o âmbito da proteção de determinado direito fundamental. Sarlet (2015) adverte que é de imprescindível importância as análises cuidadosas tanto sobre a interpretação da norma, quanto da realidade referente ao âmbito de proteção do direito fundamental em tela.

Já sobre os limites aos direitos fundamentais, Sarlet (2015, p. 379) os conceitua como “ações ou omissões dos poderes públicos [...] ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais”.

Nesse contexto, convém esclarecer que há distinções entre as limitações, no sentido estrito do termo, que consistem em mandados ou proibições dirigidas aos titulares de direitos fundamentais, e as chamadas reservas legais, significando autorizações constitucionais que permitem ao legislador restringir direitos fundamentais (SARLET, 2015).

Ademais, diz-se que as limitações são de duas espécies: a chamada direta, que provém da própria norma constitucional, e a indireta, cujo estabelecimento ocorre pela lei infraconstitucional. De todo modo, em ambos os casos de restrição, há a exigência de um fundamento constitucional primeiro.

As reservas legais, por sua vez, são classificadas como simples ou qualificadas. A reserva legal simples tem como característica uma atribuição de competência mais ampla de restrição, conforme aponta Sarlet (2015), enquanto as reservas legais qualificadas estabelecem

pressupostos específicos a serem observados pelo legislador ordinário ao limitar direitos fundamentais.

Por último, brevemente, trata-se dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Na lição de Sarlet (2015, p. 384), eventuais limitações aos direitos fundamentais somente serão devidamente justificadas se demonstrarem-se compatíveis formal e materialmente com a Constituição. Assim “os limites aos limites dos direitos fundamentais [...] funcionam como verdadeiras barreiras à restringibilidade desses direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções”.

Nesse sentido, as restrições aos direitos fundamentais esbarram no limite, primeiro, da própria proteção ao núcleo essencial desses direitos, e, em segundo lugar, ao princípio da proporcionalidade, tudo a fim de que os direitos fundamentais não restem esvaziados.

O requisito de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais implica que há, nesses direitos, conteúdos invioláveis cuja restrição excessiva culminaria na perda da mínima eficácia. Portanto, muito embora não haja texto expresso na CRFB/88, é imperativo que haja respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de violação à própria natureza de direito fundamental.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, Sarlet (2015, p. 386) leciona que esse princípio “atua [...] no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”. Evidencia-se ainda que o referido princípio tem natureza dúplex, isto é, atua, simultaneamente, “como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção”.

Portanto, em uma primeira conclusão pelo breve exposto, vê-se que os direitos fundamentais não foram dados e prontos no ordenamento jurídico. Ensina Bobbio (2004, p. 5) que os direitos fundamentais “são direitos históricos, [...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Logo, são históricos e continuam em expansão que, conseqüentemente, demandam lutas.

3 A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE

A liberdade de consciência, muitas vezes tida como sinônima à liberdade religiosa ou de crença, é, entretanto, muito mais ampla e os desafios para a sua efetivação ainda persistem.

Há alguns aspectos limitadores do exercício amplo da liberdade de consciência sutis, implícitos na modernidade, cujas práticas são tão habituais que, praticamente, passam imperceptíveis como limitadoras.

A liberdade de consciência, atrelada à liberdade de expressão, figura como uma das mais importantes liberdades, tanto em termos de conquista dos direitos humanos, quanto em possibilidade de desenvolvimento da humanidade e do ser humano particular na construção da felicidade e do *ser mais*, na acepção de Freire (2012).

Ademais, somente com a maior concretude dos direitos humanos, pugnando pela diversidade e pela ausência de domínio de um ser humano sobre outro, os valores democráticos poderão superar a mera retórica.

Por tais razões, analisar o âmbito de proteção referente à liberdade de consciência, o que essa liberdade compreende e a proposição de medidas que capacitem o amplo gozo dessa liberdade pela humanidade tem significativa importância.

3.1 Fundamentos históricos da liberdade de consciência

A liberdade de consciência e a liberdade religiosa consistem em alguns dos direitos fundamentais mais antigos. Jellinek (apud Sarlet 2015), inclusive, aponta que a liberdade religiosa, especificamente, foi a primeira ideia de um direito fundamental universal conforme concebida nas declarações de direito estadunidenses.

Ainda na antiguidade, entre os anos de 269 a. C. e 231 a. C. o imperador Ashoka, do que atualmente é a região da Índia, criou as inscrições que ficaram conhecidas como Édito de Ashoka. Na chamada “*The Fourteen Rock Edicts*”⁴, nota sete, foi cunhado que “todas as religiões deveriam existir em todo lugar, pois todas desejam o autocontrole e a pureza do coração”.

Ainda nesses decretos, o Rei Ashoka defendia o respeito às outras religiões, desejando que todos tivessem conhecimento das “boas doutrinas” de outras religiões. Segundo o Swami Dhammika⁵, estudioso das escrituras, o Rei Ashoka desejava que os religiosos seguissem sua convicção religiosa tanto quanto o próprio Rei seguisse a sua, em outros dizeres, há resquícios na antiguidade de liberdade de consciência atrelada à vertente religiosa.

⁴*The Edicts of King Ashoka*. Disponível em: <<http://www.cs.colostate.edu/~malaiya/ashoka.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁵*The Edicts of King Ashoka*. Também disponível em: <<http://www.accesstoinight.org/lib/authors/dhammika/wheel386.html#pillar7>>. Acesso em: 30 set. 2015.

Magalhães (2008), no estudo dos direitos individuais, aponta que a liberdade de consciência concebe a expressão não somente de liberdade religiosa, mas diz respeito também à consciência filosófica e política.

Infere-se que a liberdade de consciência é corriqueiramente associada tão somente à liberdade religiosa pelo próprio contexto no qual tais liberdades foram proclamadas. Como Bobbio (2004) leciona, a liberdade religiosa é um efeito das guerras em razão de diferenças religiosas. Parece coerente essa afirmação, pois os primeiros documentos protetivos dos seres humanos, como o Pacto de *Mayflower*, foram elaborados, justamente, no contexto de certa perseguição religiosa sofrida pelos colonos.

De todo modo, aparenta também ser notório que não há nenhuma justificativa plausível, na atualidade, para impor *status* diferenciado à religião, naquilo que se refere à formação da visão de mundo, isto é, da própria consciência em detrimento da filosofia, da política, etc. Portanto, parte-se do pressuposto de que a liberdade de consciência abrange também a liberdade religiosa, mas segue mais ampla.

Por outro lado, verifica-se, ainda, que a liberdade religiosa em sua amplitude, também em certo aspecto, escapa aos limites da liberdade de consciência. Isso fica comprovado, por exemplo, quando se fala no direito de culto, ou seja, a liberdade de religiosa tanto engloba a liberdade de consciência quanto a liberdade de expressão. Nesse sentido, fica mais evidente ainda o porquê dos direitos fundamentais se caracterizarem como indivisíveis e interdependentes.

Daí também Magalhães (2008, p. 74) afirmar que “a liberdade de consciência está intimamente ligada à liberdade de expressão, pois uma depende diretamente da outra. São inseparáveis. [...] limitando-se a liberdade de expressar, estará sendo limitada também a liberdade de formação de consciência”.

Já no que se refere aos instrumentos atuais de direitos humanos que preveem a liberdade de consciência, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na primeira Declaração citada, já no preâmbulo, além do fundamento da igualdade, é constante a liberdade de crença. Nesse sentido, são importantes os artigos 18 e 19 com a seguinte redação:

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar

essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem preceitua que os povos americanos declaram ter como finalidade principal a criação de circunstâncias que permitam a esses povos a progressão espiritual e material, almejando a felicidade. E assim define no preâmbulo que “é dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria”.

Proclama ainda, que é dever do homem exercer, manter e estimular a cultura. Além de tratar do direito à vida, à liberdade e à igualdade, no artigo 3º traz, expressamente, o direito à liberdade religiosa e de culto. Em seguida, trata da liberdade de opinião no artigo 4º.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é ainda mais abrangente, garantindo a liberdade de consciência e de religião no artigo 12 e a liberdade de pensamento no artigo seguinte. Observa-se que, nesse ponto, parece que não se almeja mais resguardar somente a religião, mas qualquer crença, podendo ser de cunho filosófico, político ou outro.

Tem-se, portanto, que a liberdade de consciência é um dos direitos mais importantes, pois possibilita o desenvolvimento do ser humano.

No entanto, mesmo na vigência das declarações de direitos humanos, em muitas oportunidades, a liberdade de consciência tem sido desrespeitada. Mais abrangente que a consciência religiosa, somente a filosofia, a *práxis* econômica, a consciência política, e, na acepção de Freire (2012) a própria pronúncia do mundo tem sido limitada, violando a liberdade de consciência.

3.2 Críticas à liberdade de consciência

Elucidada a questão da abrangência da liberdade de consciência e justificada o porquê da limitação dessa liberdade atrelada ao sentido religioso, elabora-se, enfim, a crítica ao entendimento da liberdade de consciência a partir do princípio da diversidade.

A visão eurocêntrica, o conceito limitado de religião, ligado, precipuamente, ao cristianismo, a centralização do poder, o capitalismo desenfreado, a mecanização da educação formal, o predomínio da ciência como conhecimento, a visão unitária da economia, a

influência da mídia, as propagandas incisivas, dentre outros elementos, são algumas das causas pelas quais se defende que a liberdade de consciência não opera em sua plenitude.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2009) o conhecimento e o direito moderno se fundamentam no pensamento abissal. A ciência detém o monopólio da verdade sob o aspecto epistemológico. Nessa toada, embora a proteção legal da liberdade de consciência seja significativa é, também, limitada, tendo em vista que a oposição da verdade filosófica ou religiosa, por exemplo, não opõe às verdades científicas.

Aliás, mesmo a ciência busca reforçar-se com base no pensamento eurocêntrico, sobretudo, em relação ao que Dussel (1994) chama de “falácia do desenvolvimento” que sustenta o mito da modernidade. Em outros termos, a forma de apreensão e de compreensão do mundo é rebatida, sempre com um argumento supremo de autoridade mítico, que impede a livre pronúncia do mundo.

Demonstra Magalhães (2008) que uma forma de controle de consciências bastante usual refere-se à manipulação da opinião pública. Esse processo é desenvolvido, primeiramente, com base na criação de um mito, como é o mito da modernidade.

Aponta Dussel (1994) que todo o aparato moderno se erige com base em um mito que oculta a sua faceta irracional e encobre qualquer forma de vida diversa daquela estabelecida hegemonicamente pelo contexto europeu.

Nessa toada, a modernidade, em sentido mítico, implica na justificação de uma *práxis* irracional violenta. Esse mito compreende sete elementos concatenados: a) a civilização moderna se autoproclama como superior, a mais desenvolvida; b) de modo que, esta superioridade, como exigência moral, obriga aos superiores a desenvolver os bárbaros e primitivos; c) esse processo civilizatório e de desenvolvimento, por sua vez, deve ser espelhado na Europa, o que indica desenvolvimento unilinear, consiste na “falácia desenvolvimentista”; d) todavia, como o bárbaro se opõe ao processo de modernização, é lícito, tendo em vista o dever moral do civilizador, exercer a violência a fim de remover os obstáculos desse processo; e) essa dominação, evidentemente, produz vítimas, consideradas parte de um sacrifício inevitável; f) ademais, para o moderno, o bárbaro é vítima culpável ao se opor ao processo civilizador; g) enfim, pelo caráter civilizatório e emancipador da modernidade, acaba por implicar no inevitável sacrifício do outro, ou seja, a modernidade é custosa aos povos chamados de atrasados (DUSSEL, 1994).

O caráter mítico apresenta tanta força dominadora que sua ação não ocorre apenas no exterior, mas se introduz no indivíduo de modo que, como assevera Freire (2012), mesmo o

oprimido apresenta características, pensamentos, compreensões e sonhos do opressor ou impostos por este.

Em linha similar, Fanon (2008) expõe que o colonizado confunde-se acerca de sua própria identidade, pois, de um lado, enquanto busca o ideal europeu, por vezes num desejo de branqueamento mágico, é ao mesmo tempo, subjugado e tido como diferente pelos próprios europeus. Ocorre, portanto, que para Fanon (2008) seja quando o colonizado assume seu papel de colonizado ou quando projeta para si uma libertação, ainda se pauta em conceitos eurocêntricos, implica dizer, seu papel, raramente, foga daquele que o colonizador impôs.

Desse modo, a liberdade de consciência tal como concebida durante o desenvolvimento do direito europeu, ao mesmo tempo em que garante as expressões liberais hegemônicas, talha a cognição de todos aqueles excluídos e sacrificados pela modernidade em um duplo sentido. Isto é, primeiro inferioriza-os, eliminando as formas de pronúncia do mundo dos excluídos em geral, desqualificam as religiões e conhecimento daqueles e, seguidamente, garantem-lhes uma liberdade, que, em verdade, introjetam no colonizado a vontade de ser o colonizador, do oprimido em ser opressor.

Esse fenômeno é explicado por Magalhães (2008) quando afirma que há aqui uma forma de dominação. Ou seja, domina quem tem o poder de construir os significados dos significantes. Nesse caso a própria concepção de liberdade de consciência não é libertária, em outros dizeres, o objeto de tutela dessa liberdade é extremamente limitado, definido tão somente pela forma de apreensão do mundo europeia. Excluem-se do âmbito de proteção dessa liberdade inúmeras formas de concepção de mundo, seja pela vertente religiosa (ao desqualificar determinadas crenças como não religiosas – são seitas, superstições, etc.), seja política (ao excluir do processo de criação política significativa parcela popular), epistemológica (ao estabelecer uma linha e dividir o que é digno de ser conhecido do que não é, a partir de um critério hegemônico), filosófica, dentre outras.

Ressalte-se, destarte, que são os próprios dominadores quem definem o significado de liberdade.

Com base nesses pressupostos, ao se analisar a realidade periférica e a função do direito como ordenador social, é necessário questionar a desigualdade existente, sem o receio de assumir posições radicalmente opositoras às exclusões. Implica dizer que toda a base humana sacrificada em nome do mito da modernidade ao se postularem, através de lutas e resistências, como sujeitos de direito, são também criadoras legítimas desse direito. Desse modo, a liberdade de consciência tem o seu âmbito de proteção ampliado, ao se desencobrir toda a parcela humana sacrificada até então.

Por essa razão, em observância à característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, outras demandas parecem ganhar ainda mais importância, como a democratização da mídia, o ensino formal pluralista e laico, o reconhecimento de valores mais amplos que os postulados das revoluções burguesas e o estabelecimento de uma comunidade argumentativa dialógica com respeito à diversidade.

Com isso, advoga-se que o direito, no objetivo de superar as desigualdades, tem o papel fundamental de garantir aos excluídos o direito de se autodeterminarem, de serem os autores de sua própria história, de pronunciar o mundo. Trata-se, como se depreende, de um desafio de ampliação da democratização do direito, que, embora não se satisfaça somente em um binômio – democrático e não-democrático – somente terá efetividade suficiente quando não for negado a nenhum indivíduo ou povo o seu direito de existir e ser o autor da sua existência.

Assim, diz-se que a liberdade de consciência depende, fundamentalmente, da redução das desigualdades, da ampliação da participação política dos excluídos, do respeito ao pluralismo, inclusive na construção institucional e do estabelecimento de uma ética que promova a diversidade. A liberdade de consciência, ou melhor, o próprio direito, depende de participação ampla e ativa do povo de modo que as prescrições normativas culminem em efetivo gozo de direito por parte deste próprio povo, individual ou coletivamente.

Enfim, como leciona Bobbio (2004, p. 32) os direitos humanos “são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”.

Por isso, é necessário admitir que os direitos humanos são desafiados, nesse contexto histórico em que se vive. Não reconhecer o princípio da diversidade e a violência imposta à parte sacrificial da humanidade para que outra parcela se autodetermine, coloca-se em cheque a legitimidade do direito, a efetividade do constitucionalismo e o valor da democracia.

Nesse sentido, advoga-se ser exigível dos destinatários dos direitos fundamentais a adoção de posturas éticas em prol da diversidade. Em atenção ao próprio desenvolvimento histórico típico dos direitos humanos, que precisam sempre ser transformados e ampliados, a fim de propiciar aos titulares mais que mera retórica e efetivo gozo dos direitos fundamentais, deve-se permitir ir além.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É comum que os trabalhos formulados com base na epistemologia do sul, conforme Santos (2009) além de sua incompletude, não almejem nenhuma completude. Portanto, diz-se que as conclusões são poucas, e a necessidade de diálogo enorme.

Ainda assim, algumas considerações podem ser tecidas sem prejuízo de que o debate continue.

Nesse sentido, embora não haja forte resistência quanto a isso, é pertinente ressaltar que os direitos fundamentais são históricos, guardam relações, por isso, com o próprio contexto social quando da sua elaboração. Ademais, acentua-se que esses direitos são produtos humanos, de modo que são construídos e elaborados através de pertinentes lutas no âmbito social.

Tanto os velhos como os novos direitos não podem ser considerados imutáveis, sob o risco de restarem esvaziados e ineficazes com relação à realidade. Nessa hipótese, aliás, sustenta-se que os direitos perderiam seu caráter de fundamental ao não servirem mais na contribuição do *ser mais* próprio aos seres humanos.

É indubitável, pois, que os direitos fundamentais são frutos da reflexão e da ação humana no objetivo de ordenação e proteção da própria humanidade.

Em segundo lugar, advoga-se que a liberdade de consciência, em parte realizada, ainda necessita de substratos para que seus efeitos supram as demandas da realidade, isto é, exige-se a ampliação tanto do âmbito de proteção desse direito, quanto no efetivo alcance de maior número de titulares, resguardada a peculiaridade de cada indivíduo e cada povo.

Com isso quer-se dizer que não somente os direitos de liberdade religiosa, nos padrões hegemônicos, são objeto de tutela dessa liberdade. Para além, a liberdade de consciência atrelada à interpretação do princípio da diversidade é o fundamento constitucional de que todos, sem distinção, têm a garantia de inviolabilidade da consciência, e de livre formação desta (foro interno), bem como o direito de autoria na concepção e apreensão do mundo. Ao utilizar os dizeres de Freire (2012), pode-se afirmar que a liberdade de consciência legitima a pronúncia do mundo, que, na sociedade de heranças colonialistas, se muito, é reservada a poucos.

Portanto, para a superação das desigualdades, da desqualificação institucionalizada de conhecimentos tradicionais e diversas formas de apreensão do mundo distintas daquelas formuladas hegemonicamente, exige-se dos destinatários dos direitos fundamentais (diz-se

não somente o Estado, como acima explicitado) a prestação das condições de superação das condições de exclusão para o amplo gozo da liberdade de consciência.

Se por um lado, deve-se admitir que a análise indutiva que parte da liberdade de consciência e culmina em conclusões sobre os direitos fundamentais pode apresentar diversos defeitos ao se desprezar a particularidade de cada caso não estudado em separado, por outro, parece ser inevitável que o desenvolvimento dos direitos fundamentais, como é de sua natureza, exigem a ampliação da participação popular e o respeito à diversidade.

Isso porque, em caso contrário, corre-se o risco de estabelecer direitos cuja tutela não seja eficaz quando analisada a realidade social, e, mais ainda, de se reconhecer que mesmo os direitos fundamentais mais antigos, para considerável parcela da humanidade, possuem apenas efeitos retóricos, colocando em cheque a própria universalidade desses direitos.

Conclui-se, portanto, que é extremamente necessária a superação do mito da modernidade e dos efeitos colonialistas ainda presentes nas sociedades chamadas periféricas. Sem a disponibilidade de políticas públicas que tendem a democratizar os espaços públicos, os meios de formação de opinião, e, principalmente, o próprio direito, não há que se falar em plenitude dos direitos fundamentais. É imperativo, ainda, na concretização da liberdade de consciência, que seja resguardada a diversidade, de modo a fomentar que os povos tradicionais, individual ou coletivamente, bem como todos os excluídos socialmente, sejam os autores de suas próprias histórias, capazes de pronunciar o mundo em que vivem.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 28 set. 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. **Decreto n.º 592 de 1992**. Atos internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1.

CANOTILHO, J. J. G. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DHAMMIKA, S. **The Edicts of King Ashoka**. Disponível em: <<http://www.cs.colostate.edu/~malaiya/ashoka.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. **The Edicts of King Ashoka**. Disponível em: <<http://www.accesstoinsight.org/lib/authors/dhammika/wheel386.html#pillar7>>. Acesso em: 30 set. 2015.

DUSSEL, E. **1492 el encubrimiento del Otro**: hacia el origen del “mito de la Modernidad”. La Paz: Plural, 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Bill of Rights**. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 30 set. 2015.

FANON, F. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

_____. **História da sexualidade 1**: a vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 30 set. 2015.

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

HERZ, M.; HOFFMAN, A. R. **Organizações internacionais**: história e práticas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

INGLATERRA. **English Bill of Rights**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp>. Acesso em: 30 set. 2015.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 set. 2015.

SANTOS, B. de S. Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes. In: _____. **Pluralismo epistemológico**. La Paz: Muela del Diablo, 2009.

SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. incluindo novo capítulo sobre direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2011.

SILVA, V. A. da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.