CRENÇAS, RELIGIÕES E ESTADO DE DIREITO

BELIEFS, RELIGIONS AND THE RULE OF LAW

Sebastião P. Mendes da Costa[1]

Carlos Alberto Molinaro[2]

RESUMO: Este trabalho é um estudo sobre a religião, o direito fundamental de liberdade religiosa e sua percepção como direito cultural. Através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, numa perspectiva interdisciplinar, verificamos que no Estado Democrático de Direito a religião deve conviver com a igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e pluralismo intercultural. E se a religião também é fruto da cultura, a sua proteção deve ser feita nos mesmos moldes da proteção aos direitos culturais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos culturais. Liberdade religiosa. Proteção jurídica.

ABSTRACT: This work is a study on religion, the fundamental right of religious freedom and its perception as a cultural right. Through a bibliographical and jurisprudential research, in an interdisciplinary perspective, we verify that in the democratic state of right, religion must live with equality, dignity of the human person, social justice and intercultural pluralism. And if religion is also the fruit of culture, its protection must be made in the same way as the protection of cultural rights.

KEYWORDS: Cultural rights. Religious freedom. Legal protection.

1 Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí-UFPI, campus de Teresina-PI, Brasil. Pós-doutor em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg (Alemanha). Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Mestre em Antropologia e Arqueologia pela UFPI. Bacharel em Direito pela UnB. Advogado. prof.sebastiaocosta@gmail.com

2 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado- PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, com menção europeia. carlos.molinaro@pucrs.br

INTRODUÇÃO

Esse trabalho é um estudo sobre a religião[3], o direito fundamental de liberdade de crença religiosa e a sua percepção como direito cultural, como produto da cultura que exige uma proteção também pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal Brasileira que busca salvaguardar a diversidade cultural. Prevista expressamente no texto constitucional, a proteção a liberdade religiosa é tema do direito constitucional no Estado Democrático de Direito uma vez que tenta harmonizar tal direito com a dignidade humana, a justiça social e o pluralismo intercultural. Se o Estado é democrático e de Direito, é dever proteger o pluralismo cultural. Como parte importante da cultura, as questões religiosas devem ser protegidas para se evitar um fundamentalismo religioso que tente desconsiderar as minorias, dentro de uma lógica de proteção a liberdade de consciência e de busca pela tolerância.

Essa proteção é de suma importância, uma vez que a inviolabilidade às liberdades de consciência, de religião (crença ou culto) e de convicção político filosófica obriga o Estado a resguardar as suas manifestações. Cumpre à lei, inclusive, proteger os locais onde as liturgias religiosas (com suas várias acepções de nomenclatura) se realizam.

Essa temática, porém, não pode ser tratada apenas com um enfoque jurídico e religioso. É necessário se estabelecer uma ampla abordagem interdisciplinar, utilizando-se de análises da Sociologia e da Antropologia Social para se compreender o fenômeno em seu aspecto global, visto que as crenças são elementos da identidade cultural e servem para indicar o pertencimento de um indivíduo a um grupo social. Os modos de vida do ser humano incluem seu sistema de crenças, e dessa forma, protegido pela liberdade religiosa, mas gozam também de proteção enquanto direitos culturais. Neste trabalho, vamos referir sobre a religião e a proteção jurídica da liberdade religiosa no âmbito constitucional. Analisaremos a religião como produto da cultura e abordaremos a sua proteção enquanto elemento da diversidade cultural. Ainda sobre a metodologia empregada, os temas enfrentarão uma abordagem interdisciplinar, com a abordagem de autores clássicos da Sociologia e da Antropologia Social, além de uma breve discussão jurídica que considera aspectos jurisprudenciais. Mostraremos que a religião, enquanto processo cultural, deve ser protegida também como direito cultural.

1 ESTADO LAICO E RELIGIÃO

A separação entre Estado e religião é uma das grandes conquistas da cultura ocidental. O fundamento do Estado no início era religioso. O chefe do poder político detinha também o poder religioso e era tratado como um Deus, tendo o poder natural de comandar. Com o renascimento na Europa e o Iluminismo, essas ideias começam a ser contestadas (FARIA, 2009) e geram a derrocada do absolutismo político. O marco jurídico dessa independência ao poder natural e fortalecimento do poder popular é a Constituição dos Estados Unidos. Essas ideias também foram protegidas em seguida na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É nesse momento que há um reconhecimento da liberdade religiosa. A separação entre Estado

3 Parte da pesquisa bibliográfica deste trabalho foi realizada durante período de pesquisa de pós-doutorado na Universidade de Augsburg (Alemanha).

e religião fortalece a liberdade de crença e de consciência infundindo a criação dos direitos humanos no período moderno. Ao comentar sobre a separação entre Estado e religião, Edilsom Faria (2009) afirma que essa separação é uma grande conquista da cultura ocidental e que foi responsável por conquistas como o avanço e a liberdade da ciência, o respeito aos direitos fundamentais, a tolerância ao pluralismo religioso, assim como foi responsável pela democracia política.

O chamado Estado laico foi introduzido no Brasil com a proclamação da República. Segundo Edilsom Faria (2009), temos como fatos imediatos a isso a mudança da administração dos cemitérios, que passam a ser geridos pela Administração Pública e o casamento, que passa a ser civil.

Atualmente o Brasil é um estado laico, conforme estabelece o art. 19, I, da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 19. É vedada a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesses públicos; "

Mesmo com a presença da menção à proteção de Deus já no preâmbulo[4] da Constituição Federal, não podemos perder de vista que o Estado Brasileiro é laico e, portanto, faz diferenciação entre as atividades do Estado e as questões religiosas. Estado laico, porém, não significa uma aversão à religião, uma hostilidade a ela ou mesmo um ateísmo, pois assim estaríamos privilegiando uma forma de pensar a respeito das questões religiosas. De acordo com o preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988:

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgando, **sob a proteção de Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. **[grifo nosso]**

O Estado laico está mais próximo do agnosticismo (LEITE, 2014, p. 326). Há um respeito em relação a religião, devendo-se inclusive permitir aproximações entre Estado e religião quando envolver o interesse público e desde que essas alianças sejam reguladas mediante lei.

É nesse contexto de Estado laico e cooperação que se insere a proteção a liberdade religiosa que trataremos nesse trabalho.

4 Na ADI 2076-5/AC (DJ 08.08.2003), Rel. Ministro Carlos Velloso, asseverou:
"II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa".

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A LIBERDADE DE CRENÇA

As liberdades de consciência, de crença e de culto são algumas das reivindicações mais antigas dos cidadãos e alguns dos primeiros direitos a serem reconhecidos como direitos humanos e direitos fundamentais. Em tratados internacionais e mesmo na Constituição Federal de 1988, essas liberdades são tratadas de forma diferenciada. Apesar dos diversos pontos em comum, tais direitos (liberdade de crença e liberdade de culto são chamadas de liberdade religiosa) não se confundem. Liberdade de consciência seria algo mais amplo, uma vez que as chamadas objeções de consciência envolvem hipóteses não previstas na seara religiosa (SARLET, 2015).

Essas liberdades são basilares para um Estado Democrático de Direito que busca regular uma sociedade plural, que evita os chamados fundamentalismos religiosos e busca a convivência de pessoas com respeito a dignidade humana e a justiça social.

O respeito a liberdade religiosa deve ser entendido como uma necessidade estatal de neutralidade que não pode ser confundida com aversão a questões religiosas[5] e muito menos com intolerância religiosa. Deve haver uma convivência harmoniosa entre as religiões majoritárias com respeito às manifestações religiosas minoritárias[6], embora esse equilíbrio muitas vezes seja conflitante[7].

Essas minorias religiosas são tratadas por WEINGARTNER NETTO, que afirma:

> Diante desse programa normativo, deve-se operar com um conceito amplo de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que aposte no maior grau de inclusividade (abertura para religiões minoritárias e inconvencionais) compatíveis com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos, anteparos ao fundamentalismo-militante, que discrimina e que se impor aos não crentes. (WEINGARTNER NETTO, 2013, p. 267)

O direito à liberdade de convicção religiosa abrange, inclusive, o direito de não acreditar em fé alguma, estando o Estado responsável pela defesa, também, do ateísmo[8].

---

5 O STF entendeu que em respeito à liberdade religiosa é dever da Justiça estimular a prática da religião pelo seu caráter pedagógico, que o beneficiário de suspensão condicional da pena (*sursis*) não pode ser proibido de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos em locais não especificamente destinados ao culto. "A Justiça deve estimular no criminoso, notadamente primário e recuperável, a prática da religião, por causa do seu conteúdo pedagógico, nada importando o local". RE 92.916/81. Rel. Min. Antônio Neder. DJ 26.06.1981.

6 Após a Guerra dos Trinta Anos, os cidadãos dos muitos pequenos estados da Alemanha tiveram que viver de acordo com o princípio "cuius regio, eius religio", um princípio do Tratado da Paz Religiosa de Augsburg de 1555 entre a forças católicas e luteranas na Alemanha. Tal princípio foi reafirmado na Paz de Westphalia em 1648. Com isso, houve uma proteção das minorias religiosas que optaram por não alterar a sua confissão, sendo concedido direito de emigração (*jus emigrandi*). Cf. GORNIG, Gilbert; TRUE, Christiane. Minority Protections in Germany. 6 **Tilburg Foreign Law Review** 69, 1997. p. 79.

7 A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu em 01.07.2014 pela validade de lei francesa que proíbe cidadãos de cobrirem toda a face em público. A polêmica lei francesa teria provocado a saída de adolescentes mulçumanos das escolas após essa proibição. (THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014)

8 Gerhard Robbers (2001), ao estudar a liberdade religiosa na Alemanha, defende que a liberdade religiosa é uma questão fundamental em qualquer comunidade que seja comprometida com a idéia de direitos humanos. Na Constituição Alemã, a liberdade religiosa significa liberdade de crença e liberdade de agir de acordo com as suas crenças, ou seja, uma idéia de liberdade positiva.
Na Alemanha, a liberdade religiosa também está presente na Constituição dos *Länders*, na jurisprudência e em acordos entre o governo e organizações religiosas específicas. O direito à religião é visto a partir de três princípios: liberdade, neutralidade e tratamento igualitário. A liberdade religiosa não pode

Não podemos compreender, porém, a liberdade religiosa separada da identidade sociocultural, e é por isso que no Estado Democrático de Direito, o direito constitucional aborda tal matéria harmonizando liberdade religiosa com igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e pluralismo intercultural.

2.1 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E LIBERDADE DE RELIGIÃO (ART. 5º, VI E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Liberdade de consciência e liberdade de religião são direitos fundamentais distintos. Enquanto a liberdade de consciência é entendida como uma faculdade do indivíduo de autodeterminar aspectos de ordem ética, garantidora de uma autonomia do próprio indivíduo, a liberdade de religião é vista como a liberdade de ter ou não uma religião, e abrange a liberdade de crença, liberdade de expressão em matéria religiosa, liberdade de culto, direito a assistência religiosa, além de direitos como de reunião e associação e privacidade no aspecto religioso (WIENGARTNER NETO, 2013). Todos esses direitos estão protegidos pela Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 5º, incisos VI, VII e VIII. Segundo Fábio de Carvalho Leite:

> "A proteção constitucional à liberdade religiosa, portanto, não se refere à tutela a uma corrente de ideias ou de pensamento, mas à compreensão de um direito mais amplo de liberdade de consciência, que assegura a autodeterminação existencial e ética dos indivíduos, a defesa do seu âmbitode racionalidade e de consciência, e que se desdobra em diversos campos, como o filosófico, o ideológico e o religioso. " (LEITE, 2014, p. 308)

2.2 LIBERDADE DE CRENÇA E DE CULTO

A liberdade de crença é entendida como a faculdade do indivíduo escolher uma religião, assim como a liberdade de mudar de religião ou mesmo a possibilidade de não seguir religião alguma. Por outro lado, a liberdade de culto está relacionada a manifestação exterior da crença, ou seja, da manifestação de atos que são próprios a essa religião. Teríamos então a liberdade religiosa dividida em dois aspectos, um interno que seria a liberdade de crença, e outro externo, que seria a manifestação do culto, que pode ser no templo, mas também em grupos ou mesmo individualmente. (NAME *apud* LEITE, 2014, p. 312). Dessa forma, a liberdade de culto poderia sofrer limitações. Já a liberdade de crença não teria essa possibilidade de limitação. Como afirma Fabio Carvalho Leite:

> "Desse modo, deve-se assumir que a liberdade de crença é o direito de exprimir uma crença e não o de ter uma crença (condição necessária, mas não suficiente à caracterização deste direito fundamental). Reconhece-se que o conteúdo deste direito compreende contornos mais amplos do que o de simplesmente poder-se

simplesmente ser limitada por uma lei sob a justificativa de se reforçar o interesse público. É necessário se estabelecer um equilíbrio entre interesses públicos legítimos e a liberdade religiosa. Gerhard Robbers (2001, p. 648) mostra exemplos de decisões de Cortes Alemãs, como é o caso de decisão do Tribunal Administrativo Federal ("Das Bundesverwaltungsgericht"), em favor da liberdade religiosa e contrárias ao interesse público, como é o caso da decisão que permitiu que alunos e professores possam participar de tradições religiosas que possam interferir com os regulamentos de escolas públicas.

> afirmar possuir uma crença, mas é este o seu núcleo de proteção. É dizer: é claro que a plena realização do direito à liberdade de crença depende não apenas do direito de exprimir a crença, mas de uma autodeterminação existencial a partir dela." (LEITE, 2014, p. 313)

2.3 ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

Ainda sobre a liberdade de religião e de consciência, a Constituição brasileira estabeleceu a possibilidade de se conciliar um possível conflito entre uma determinação estatal e o cumprimento de uma conduta de cunho religioso imposta por uma determinada religião. Segundo o art. 5º, inciso VIII da Constituição Federal de 1988:

> "VIII – ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. "

Percebe-se, entretanto, que há a necessidade de lei para o estabelecimento das prestações alternativas, de forma que o conflito continuaria a existir se não houver a fixação legal. (LEITE, 2014, p. 315)

Não se pode desconsiderar, obviamente, em questões que envolvam a escusa de consciência religiosa a ponderação. No exemplo de recusa de vacinação obrigatória ou mesmo transfusão de sangue necessária, principalmente em casos que envolvam crianças, adolescente e mesmo incapazes, as soluções a favor da saúde e da vida, como destaca WEINGARTNER NETO (2013).

3 O ESTUDO DA RELIGIÃO PELAS CIENCIAS SOCIAIS

Temos, porém, que considerar estudos de outras áreas ao abordarmos temas religiosos. O estudo das crenças e da religião de uma forma mais geral possui uma gama de aspectos abordados por diversos autores, alguns deles clássicos das Ciências Sociais.

Aqui analisaremos a religião sob os enfoques das tradições francesa, alemã e inglesa da Antropologia através do estudo de três pensadores: Durkheim, Weber e Evans-Pritchard.

Iniciamos nosso estudo com a abordagem realizada por Durkheim sobre as práticas religiosas dos aborígenes australianos. Em *As formas elementares de vida religiosa* (2000), Durkheim reconhece as revelações importantes feitas por etnógrafos no estudo das sociedades. O interesse de Durkheim pela etnografia surge das contribuições que esta começava a prestar à Sociologia, principalmente no que diz respeito à delimitação de campos de investigação. A escolha pelos casos mais simples das civilizações chamadas primitivas constituiu-se**,** na visão de Durkheim, um procedimento revolucionário para o entendimento de certos fenômenos sociais, dentre eles os fenômenos religiosos. Para Durkheim, cada observação oferece um valor de experiência, permitindo isolar verdades gerais. É o método utilizado pelo autor francês um dos pontos mais relevantes em seu trabalho sobre religião, uma vez que define seu objeto de estudo e busca desconstruir o que se havia dito anteriormente sobre ele.

Durkheim busca explicar o social pelo social, tentando identificar o que há de essencial a todos os homens. Essa postura questiona o etnocentrismo, mostrando que os nativos também são capazes de construir um sistema religioso. A religião tem uma função social: é a sociedade adorando-se. É a religião como um fato social, desmistificando-se o sagrado.

O autor francês pretende identificar o que há de essencial em cada sociedade, o que é elementar a cada religião. Para Durkheim, a religião é a "sociedade se adorando", é uma forma de enaltecê-la e que está presente a todas as sociedades, sendo o totemismo sua forma elementar. Totemismo, para esse autor, constitui-se uma crença manifestamente religiosa, implicando numa classificação de seres e objetos segundo a oposição entre sagrado e profano; tal oposição é para Durkheim fundamental na caracterização do mundo religioso. Todos os homens participam de uma consciência coletiva e o sagrado inspira tal consciência. O totemismo relacionar-se-ia à organização da sociedade, especificamente à organização clânica e seria o fato social mais simples, a forma elementar da religião e fundamental para sua análise. Nas religiões, os homens se representariam juntamente com a sua sociedade, sendo o totemismo a forma de manifestação mais simples dessas representações.

Ao propor o estudo do totemismo e a partir desse fato inferir generalizações acerca da natureza humana, Durkheim estava convencido de um substrato comum a todas as religiões independentemente dos estágios de desenvolvimento de umas em relação a outras. Para ele, a uniformidade de uma conduta social é um indicador de uniformidade de pensamento. A semelhança entre as práticas corresponderia a uma semelhança de pensamento e de consciência entre os homens. Os fatos religiosos seriam produtos do pensamento coletivo, sendo a religião, portanto, explicada por fatores sociais, abordando questões além do empiricamente observável; é o estudo do social pelo social, e não pelo divino, nem pelo psicológico. Mais importante que a abordagem etnográfica considerada por Durkheim é o método que ele utiliza, não tratando sozinho do assunto, dialogando sempre com outros autores, construindo assim sua autoridade sobre o tema.

Max Weber procura compreender a forma de vida do mundo ocidental. Seu trabalho sobre religião em *Economia e Sociedade* (1996) realiza-se pelo estudo de várias questões com o intuito de compreender essa visão de mundo. Dessa forma, questões econômicas, jurídicas e políticas são tratadas pelo autor com o objetivo de entender o mundo ocidental. O estudo da religião não escapa à regra e é utilizado como meio de entendimento do pensamento do ocidente. É a religião como ação social.

Racionalidade é a palavra chave para Weber. Se algo segue os melhores meios para o fim, então é racional. O contrário seria irracional. Weber propõe que existam religiões mais próximas da esfera racional, enquanto outras mais próximas da esfera da irracionalidade. Ao contrário de Durkheim, que procura fazer um estudo com base em etnografias para analisar a religião, Weber aborda grandes tradições ligadas a uma análise histórica com o intuito de se entender a realidade. Análise histórica e análise etnográfica são fundamentais para Weber. A religião passa a ser um tema prático para se entender um problema de plano teórico e o totemismo um instrumento de demonstração. Outra diferença para o autor francês é que Weber, além de abrir espaço para se trabalhar o *indivíduo*, considera o estrangeiro importante (assim como Morgan, 1973), pois tem poder transformador, ao contrário de Durkheim que não o trata de forma

tão relevante e que tem como preocupação fundamental as *representações coletivas*. Enquanto para Durkheim tudo se explica pelo social, para Weber tudo se explica pela história numa eterna busca pelas origens, tentando explicar o mundo através do método compreensivo.

Weber procura descobrir as formas elementares da racionalidade, levando em consideração o estudo da religião, mas sempre examinando assuntos da realidade, como a mudança da religião para a ordem jurídica. Para esse autor, as religiões têm inspiração sagrada, mas com consequências profanas, conhecimentos profanos, que fazem por exemplo a mudança da religião para a ordem jurídica.

Em *Nuer Religion* (1956), Evans-Pritchard realiza um estudo efetivamente etnográfico, convivendo com os nativos e até aprendendo sua língua como um falante fluente. O livro de Evans-Prichard é recheado de *tropos*, figuras de linguagem, principalmente metonímia, sinédoque, metáfora e ironia. O entendimento de tais figuras de linguagem mostra a interação do etnógrafo com os nativos. Aliás, a dificuldade de aprender a língua é a todo instante abordada no livro, havendo uma preocupação por descrever minuciosamente o que quer dizer cada termo nativo. Este trabalho de Evans-Pritchard é eminentemente etnográfico e a todo o momento o autor alude ao fato de ter estado no campo, para legitimar sua pesquisa e suas conclusões. É a riqueza etnográfica um dos pontos essenciais do livro. A forma de utilizar os dados provoca conclusões importantes como mostrar que os dados etnográficos não envelhecem. A publicação da pesquisa de Evans-Pritchard, após diversos anos da coleta dos dados, prova que a etnografia é atemporal. A análise teórica é atemporal, por isso mudanças na sociedade, posteriores ao tempo de pesquisa de campo, não influem na análise teórica.

O autor inglês retrata a religião como um fenômeno filosófico. Evans-Pritchard estuda a religião, os fenômenos religiosos, por isso não descreve batismos e casamentos, que não seriam considerados fenômenos religiosos, mas sim ritos sociais. Essa é uma diferença básica para os três autores. Enquanto Evans-Pritchard estuda a religião propriamente dita, retirando dela tudo que não é fenômeno religioso, Weber e Durkheim buscam estudar os vários fatores que influenciam e que são influenciados pela religião. A crença religiosa para o autor inglês é fundamental, enquanto para Weber e Durkheim apenas explica o social. Outra diferença é que para Weber, quanto mais cerimônias, mais irracional é a religião. Evans-Pritchard, porém, discorda dessa afirmação. Assim, o autor caracteriza a religião Nuer mostrando que ela possui pouca materialidade. Esta característica só foi possível observar devido ao processo etnográfico realizado por Evans-Pritchard. Aliás, é o processo etnográfico o fundamental no trabalho desse antropólogo inglês que legitima suas conclusões pelo fato de estar lá e de verificar naquele caso concreto que as conclusões de diversos estudos sobre a religião não se aplicam. Evans-Pritchard e Durkheim pretendem mostrar o mesmo, mas com enfoques diferentes. Enquanto Durkheim utiliza a religião primitiva para entender a sua própria religião, Evans-Pritchard pretende entender a religião *Nuer*, que é o ponto central do livro. Todavia, se em Durkheim é o método utilizado na abordagem das representações coletivas o que se sobressai, no trabalho de Evans-Pritchard é justamente o processo etnográfico que é tido como o mais relevante.

Mais que um trabalho sobre religião, percebe-se que estudar a obra desses autores é buscar entender as tradições do pensamento antropológico que eles representam.

Toda a preocupação da Antropologia Francesa no aprofundamento teórico de sua abordagem está presente no esforço de Durkheim ao trabalhar o totemismo e as representações sociais. Da mesma forma, o trabalho de Max Weber é um fiel representante da Antropologia Alemã. Os conceitos de juízo, valor, senso comum e principalmente "Bildung" e "Verstehen" (GADAMER, 1998) tão presentes na cultura alemã estão presentes na obra desse autor que abre espaço para se trabalhar o indivíduo. A Antropologia Inglesa, caracterizada pelo detalhamento etnográfico, principalmente pelo fato de suas etnografias terem sido feitas em ex-colônias inglesas e por funcionários do governo, é retratada claramente na obra de Evans-Pritchard. Os estudos desses relevantes autores mostram a religião como um fenômeno cultural e através dela conseguimos compreender a sociedade que analisamos. A proteção da religião e da liberdade religiosa passa necessariamente pela proteção da identidade cultural.

4 RELIGIÃO COMO PRODUTO DA CULTURA

O clássico conceito de cultura do inglês E. B. Tylor afirma que cultura é "um todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro da sociedade"[9] (TYLOR, 1871). Ou seja, no conceito de cultura temos a presença do sistema de crenças como fato social adquirido pelo homem como membro da sociedade. O conceito de Tylor descreve uma regularidade na religião e permite assim o seu estudo sistemático. (LARAIA, 1999, p. 30) O aspecto religioso ajuda a compor a identidade cultural e é um dos responsáveis pelo sentimento de pertencimento de um indivíduo a seu grupo social, a sua comunidade (COSTA, 2011).

A religião como um produto da cultura é um fenômeno estudado pelo antropólogo americano Clifford Geertz (1989). Tal autor procura elaborar um estudo crítico sobre a religião e seus aspectos culturais. Inicialmente, Geertz faz uma reflexão sobre os estudos da religião e compara entre os estudos feitos antes e depois da segunda guerra mundial. Segundo ele, não houve um progresso teórico no estudo da religião, sendo acrescentados apenas dados empíricos novos. E ainda, os aspectos conceituais são retirados da mesma tradição intelectual, não buscando novos conceitos e informações em outras áreas, como Filosofia, História, Literatura ou mesmo o Direito. Não há dúvida que a noção de religião tem a capacidade de fazer um ajuste na conduta humana e faz uma projeção de uma ordem cósmica na experiência vivida pelo ser humano. A postura de Geertz é estudar a dimensão cultural da análise religiosa e para isso ele se utiliza de um conceito de cultura que

> "denota um padrão de significados transmitido historicamente, incorporados em símbolos, um sistema de concepções herdadas expressas em formas simbólicas por meio das quais os homens comunicam, perpetuam e desenvolvem o seu conhecimento e suas atividades em relação à vida" (GEERTZ, 1989, p. 103)

9 "Culture or Civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by as a member of society" (TYLOR, Edwar B. **Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom**. London: John Murray, 1871, p. 1).

A religião assume uma importância ao ter a capacidade de permitir a efetivação de funções sociais, psicológicas e culturais a partir do momento em que é capaz de servir o indivíduo e o grupo como modelo para suas atitudes. Com a religião, há um aperfeiçoamento tanto das relações sociais quanto de acontecimentos psicológicos. Mas da mesma forma que as crenças religiosas são reflexos de processos sociais, a religião consegue influenciar e modelar os aspectos sociais[10].

Segundo Geertz, religião seria:

> "Um sistema de símbolos que atua para estabelecer poderosas, penetrantes e duradouras disposições e motivações nos homens através da formulação de conceitos de uma ordem de existência geral e vestindo essas concepções com tal aura de fatalidade que as disposições e motivações parecem singularmente realistas" (GEERTZ, 1989, p. 104-105)

No estudo da religião, Geertz afirma que temos dois estágios: um seria uma análise de sistemas de significados que foram incorporados pelos símbolos da religião, e um outro que seria a relação de tais símbolos com os processos sociais e psicológicos. O estudo da religião, antes de ser um estudo sobre seus rituais, é uma análise sobre a condição humana, sobre a noção dos homens nos seus aspectos racional, prático, humano e também quanto ao aspecto moral.

A religião aborda o ser humano em diversos aspectos. Essa multiplicidade gera algumas dificuldades. O conceito jurídico de religião, por exemplo, enfrenta um problema no que diz respeito a legitimidade, ou seja, saber a quem cabe definir um conceito jurídico de religião, uma vez que o conceito não é exclusivamente jurídico. Qual o órgão mais apto a definir a religião: um juiz, um tribunal ou o legislador? O Direito percebe essa dificuldade, que é tratar de um tema que envolve outras áreas do saber, como as ciências sociais e psicologia, além de aspectos históricos. WEINGARTNER NETO (2007) mostra a dificuldade de se estudar o campo religioso na cultura "...as culturas são mais que simples racionalidade, agregando-se duas outras dimensões à realidade (sobremodo importantes no campo religioso e mais refratárias à explicitação conceitual), a mítico-simbólica e a do mistério". (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 97)

Para Jónatas Machado, citado por WEINGARTNER NETO (2007), há três tipos de vertentes conceituais: a) substancial-objetiva: tem uma prevalência na decisão da Suprema Corte Americana, nos conhecidos *Mormon cases*, do final do século XIX, que define a religião com base em critérios substantivos a partir da presença dos elementos divindade, moralidade e culto no conteúdo religioso da crença abordada; b) funcional-subjetiva: esse conceito é baseado numa tendência americana presente a partir dos anos 60, principalmente diante do problema da objeção de consciência e em específico a recusa ao serviço militar durante a guerra do Vietnã por questão de crença religiosa. Nesse conceito, importa o elemento subjetivo da sinceridade, ou seja, sem adentrar especificamente no conteúdo da crença, busca-se saber se é uma forma consciente de crença, se há convicção do indivíduo em acreditar naquela religião; c) tipológico: esse conceito busca ser amplo e expansivo para não restringir a liberdade

10 O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, em 27 de setembro de 2017, que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ser de natureza confessional.

religiosa e ao mesmo tempo ser operacional para evitar uma utilização abusiva. Jonatas Machado ressalta que a religião, segundo o conceito tipológico, deve propor uma visão geral do mundo, um apelo a autoridade de valor extra-racional, além da consciência de um poder sobrenatural e ainda de uma ideia de heteronomia, em que o indivíduo entende o elemento religioso não como algo endógeno a sua consciência, mas sim com uma imposição de natureza exógena.

5 PROTEÇÃO LEGAL DA RELIGIÃO COMO DIREITO CULTURAL

A identidade cultural de um grupo é estabelecida, entre outros diacríticos identitários, pelo pertencimento dos indivíduos àquele território e àquela comunidade por seguirem o seu sistema de crenças (COSTA, 2011). Dessa forma, por todos os motivos elencados anteriormente, a proteção ao sistema de crenças e a religião deve decorrer também das normas de proteção a cultura, uma vez que a caracterização de um grupo culturalmente considera o respeito que cada membro daquele grupo tem pelo sistema de crenças respeitado na comunidade.

Se cultura é "algo alheio, mas que permite o reconhecimento do outro, e nos conduz a pensar que nós pertencemos a uma cultura, uma forma de viver, um modelo que é um entre os muitos possíveis", como afirma Carlos Alberto Molinaro (2013), a identidade cultural considera o sistema de crenças. Se a religião também é fruto da cultura[11], a sua proteção tem que ser feita nos mesmos moldes da proteção aos direitos culturais. [12]

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, II, protege a cultura ao afirmar[13]:

11 Para Richard Caddell e Shea Esterling, o avanço dos direitos culturais ampliou a compreensão sobre os demais direitos, dentre eles o da liberdade de religião: "In this way, the concepts of freedom of religion, education and expression, alongside the principle against discrimination, have been deepened and enriched with reference to the cultural rights imperative" (CADDELL; ESTERLING, 2011, p. 9)

12 O Conselheiro Oscar Argollo, relator para o acórdão do pedido de providências nº 1345, do CNJ, data de julgamento 06.06.2007, ao julgar o pedido de retirada de crucifixos de salas do Poder Judiciário, afirma que a cultura e a tradição proporcionam aos cidadãos uma exposição de símbolos que representam a nossa cultura e com os quais convivemos pacificamente, como é o caso do crucifixo e da estátua. Nas palavras do Conselheiro,
"Entendo, com todas as vênias, que manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado laico – ou o Poder Judiciário – clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF. art. 19, I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados a ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade." Disponível em: http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.am?jurisprudenciaIdJuris=45630&indiceListaJurisprudencia=1&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0

13 Para Carlos Alberto Molinaro, os direitos culturais são direitos fundamentais:
"A cultura e os direitos culturais são na sistemática constitucional brasileira, direitos fundamentais, individuais e sociais, neste sentido gozam da perenidade que lhes empresta à cláusula de vedação contida no inciso III do art. 60 da CF. A expressão cultura utilizada pelo constituinte de 1988 tem endereço certo, dirigindo imediatamente a significação das capacidades do fazer humano e todas as suas manifestações, espirituais, artísticas, intelectuais, científicas bem como a formatação de uma subconstituição cultural, que pode inclusive caracterizar um Estado de Cultura, onde a expressão máxima está vinculada ao acervo comum da identidade de cada um dos grupos que coopera para a identidade nacional, desde suas memórias históricas, condições étnicas, produção artística, intelectual, filosófica e sociológica." (MOLINARO, 2013, p. 1982)

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nas quais se incluem:
>
> II – os modos de criar, fazer e viver.

No plano internacional, contamos amplamente com a proteção da cultura pelos tratados[14]. São exemplos a Convenção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma no seu artigo 1º:

> Artigo 1º:
>
> § 1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural

Já em 1970, com a Conferência Intergovernamental sobre os Aspectos Institucionais, Administrativos e Financeiros das Políticas Públicas, que foi celebrada em Veneza, já se percebia uma preocupação dos países com o desenvolvimento de políticas públicas para a cultura.

A Carta da ONU, de 1948, também protege a cultura, nos seguintes artigos:

> Artigo 22:
>
> Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.
>
> Artigo 27:
>
> I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.
>
> II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Esses instrumentos legais utilizados na proteção da diversidade cultural (COSTA, 2017) também são adequados para a proteção da religião, enquanto aspecto da cultura humana[15].

---

14 SAWSON (2017) promove um debate entre a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados Unidos, Brasil, Índia e Myanmar. Cf. SWANSON, Reedy C. Decentering or Decentralizing: Economic, Social, & Cultural Rights in Federal Systems, 57 **Virginia Journal of International Law.** 129, 2017.

15 Sharon O'Brien (1987), ao estudar o reconhecimento e a proteção dos direitos culturais nos Estados Unidos, evidecia que uma das medidas para se proteger a cultura indígena naquele país foi o compromisso

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação entre Estado e religião foi um momento importante na história moderna que teve como consequência a soberania popular como fonte do poder político. Essa separação também ocasionou algumas transformações imediatas como a liberdade da ciência, a tolerância ao pluralismo religioso e a inviolabilidade dos direitos humanos e fundamentais. Conquistas que existem até os dias atuais.

Se por um lado temos a separação entre Estado e religião, não impondo uma religião oficial aos cidadãos, as diversas religiões devem ser protegidas, inclusive aquelas consideradas minoritárias. A liberdade religiosa, como um dos primeiros direitos fundamentais, protege a religião na medida em que resguarda a consciência e a crença dos cidadãos. A Constituição Federal possui incisos significativos no artigo 5º protegendo essa liberdade. Por outro lado, temos que considerar que a religião é um produto da cultura. Os estudos analisados neste trabalho mostram os aspectos culturais presentes nas questões religiosas. Como um Estado laico não significa um Estado ateu, tais aspectos religiosos, no nosso entender, devem ser protegidos a partir dos mecanismos que resguardam também os direitos culturais. Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, a religião deve conviver com igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e pluralismo intercultural.

federal de proteger a religião indígena por meio da legislação e de regulamentos, reconhecendo, segundo o "Indian Religious Freedom Act, de 1978", por exemplo, que as práticas religiosas dos indígenas americanos fazem parte de sua cultura e tradição e são indispensáveis e insubstituíveis. (O'BRIEN, Sharon. Cultural Rights in the United States: A Conflict of Values, **5 Law and Inequality. 267**, 1987, p. 298-299).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2018.

CADDELL, Richard; ESTERLING, Shea. The Cultural Rights Imperative, 42 *Cambrian L. Rev.* 7, 2011.

COSTA, Sebastião P. Mendes da. *Conhecimentos tradicionais: direito à proteção e proteção aos direitos.* Teses de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUCRS, Porto Alegre-RS, 2017.

COSTA, Sebastião P. Mendes da. *Pertencimento, memória coletiva e territorialidade em uma comunidade rural do Piauí.* Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Arqueologia. Universidade Federal do Piauí, Teresina-PI, 2011.

DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa.* São Paulo: Martins Fonte, 2000.

EVANS-PRITCHARD, E. E. *Nuer Religion*. London: Oxford Press, 1956.

FARIA, Edilsom. Estado e religião: uma separação de interesse público. *Diplomatique*. 09 de set. 2009. Retirado do site: http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=545

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1998.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GORNIG, Gilbert; TRUE, Christiane. Minority Protections in Germany. 6 *Tilburg Foreign Law Review* 69, 1997.

LARAIA, Roque. *Cultura: um conceito antropológico.* 12. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião: A liberdade religiosa no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2014.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 440.

MOLINARO, Carlos Alberto. Comentário ao arts. 215 e 216. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.) *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1976-1985.

MORGAN, Lewis H. *A sociedade primitiva.* Lisboa: Presença, 1973.
O'BRIEN, Sharon. Cultural Rights in the United States: A Conflict of Values, *5 Law and Inequality. 267*, 1987.

ROBBERS, Gerhard. Religious Freedom in Germany. *Brigham Young University Law Review 643,* 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 12. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SWANSON, Reedy C. Decentering or Decentralizing: Economic, Social, & Cultural Rights in Federal Systems, 57 *Virginia Journal of International Law.* 129, 2017.

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case S.A.S vs France.* Strasbourg, 01.07.2014 Decisão disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2243835/11%22],%22itemid%22:[%22001-145466%22]} Acesso em: 28.06.2018

TYLOR, Edwar B. *Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom.* London: John Murray, 1871

WEBER, Max. *Economia e Sociedade.* vol. 1. Brasília: EdUnB, 1996.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.) *Comentários a Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 264-273.

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

RECEBIDO EM: 10/09/2018
APROVADO EM 11/10/2018